CONSILIORVM

D. AND. FACHINEI, IC. FOROLIVIENSIS,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS, ACADEMIÆ INGOLSTADIENSIS ANTECESSORIS QVONdam Primarii, Gymnasii modo Pisani florentissimi Iuris Cæsarei Interpretis Ordinarii, ac Comitum Palatinorum ad Rhenum Consiliarii dignissimi,

Liber Primus,

IN QVO QVÆSTIONES INTRICATISSIMÆ, CIVILES ET CRIMINALES, HODIERNO, TAM GERMANORVM, QVAM ITALOrum, Hispanorum ac Gallorum, foro ac quotidianæ Praxi accommodatissima, exactè discutiuntur, & remotis obicibus, nodis, ac funiculis contrariis deciduntur,

Concernens causas,

ELECTORVM, ARCHIDVCVM, DVCVM, PRINCIPVM, COMITVM, VNIVERSITATVM, COLLEGIORVM, MVNICIpiorum, Nobilium ac priuatarum familiarum Germaniæ ac Italiæ secretiores, à plurimis multum desideratas.



QVOD EMTOREM DOCEBIT ELENCHVS DEDICATORIAE primi Libri proximè subnexus.

INDICE RERVM AC MATERIARVM, NEC NON ARGVMENTIS ac Summariis singulorum Consiliorum doctissimis dotatus.





CVM GRATIA Cæsarea *ET PRIVILEGIO Maiestatis.*



FRANCOFVRTI
Apud Ioannem Saurium, Impensis Eliæ Willeri, Bibliopolæ.

ANNO MDCX



VNIVERSI ORBIS TERRARVM SPLENDORI COSMO MEDICES II. Magno Duci Etruriæ IIII.

Phillppus Fachineus, inter Iuris Professores Pisanæ Academiæ minimus, ab ipso Serenissimo Principe summis beneficiis ornatus, cum pro virium tenuitate nulla alia facultas tibi significandæ perpetuæ deuotionis, & obligationis præstetur: hoc Paternæ virtutis monumentum dicat consecratque CELSITVDINIQVE SVÆ ILLIVSQVE TOTI SERENISSIMÆ FAMILIÆ ET POSTERIS omnibus longissimam fœlicitatem à Deo omnipotenti ex corde precatur.



ELENCHVS MATERIARVM IN SINGVLIS CONSILIIS trium Librorum ANDREÆ FACHINEI contentarum.

Numerus prior librum, posterior consilia denotat.

A.



B.

C.

)(3 de Ci-

de Ele-

de Le-

M.

N.

O.

P.

de Sta-

FINIS.





ANDREÆ FACHINEI I. C. FOROLIVIENSIS EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS, AC IVRIS

Cæſarei in florentiſſimo Piſano Gymnaſio interpretis ordinarii,

Conſiliorum ſeu reſponſorum iuris liber primus.

Pro Sereniſſimo A. Archiduce F.

ARGVMENTVM CONSILII I.

De interpretatione contractus an ſit locatio vel venditio. An priuilegium reuocari poſſit. De præſcriptione longißimi temporis & immemorialis, & multis aliis.

SVMMARIA.

1 *Locatio non transfert dominium.*
2 *Verbum dare importat dominii tranſlationem.*
3 *Emptio & venditio præſumitur vbi fit mentio precii.*
4 *In locatione rerum eccleſiæ non requiritur ſolennitas vt in venditione.*
5 *Prælatus ad modicum tempus bona locare poteſt.*
6 *Conſtitutio Paulina de alienatione rer. eccl. non vbique eſt in vſu.*
7 *Contractus celebratus præſumitur quem verba demonſtrant.*
8 *Nisi eff ctus rei aliud oſtendat.*
9 *Præcedentia declarantur ex ſubſequentibus.*
10 *Locatio renouari ſolet cum eiſdem qualitatibus.*
11 *Nemo præſumitur ſuum iactare.*
12 *Veriſimile quod non eſt, præſumi non debet.*
13 *Habet enim imaginem falſitatis.*
14 *Subiecta materia magis attendi debet quam verborum ſonus.*
15 *A verbis recedendum non eſt niſi appareat de mente in contrarium.*
16 *Verba non debent attendi ſed natura actus an ſemper verum.*
17 *Contractus quando iudicandus ab effectu.*
18 *Venditio rei transfert dominium in emptorem.*
19 *Commodum & incommodum ad emptorem ſpectat perfecta venditione.*
20 *Penſionis ſolutio arguit locationem.*
21 *Verba accipienda ſecundum ſubiectam materiam.*
22 *Verba dubia & obſcura declarantur ex aliis verbis adiunctis.*
23 *Precii mentio fit etiã in locatione & accipitur pro mercede.*
24 *Facilius inuenitur quod à pluribus quæritur.*
25 *Locatio dicitur ad longum tempus quod ſit ad decennium.*
26 *Solennia adhibere non neceſſaria nil nocet.*
27 *Confirmans nil dat.*
28 *Pignoratio fit vt res maneat apud creditorem donec debitum ſoluatur.*
29 *Nouatio inducitur quando ſecundus contractus eſt incompatibilis cum primo.*
30 *Mutatio voluntatis non præſumitur.*
31 *Solutio facta præſumitur creditori qui multos annos diſtulit petere.*
32 *Cenſualis contractus præſumitur ex ſolutione cenſus.*
33 *Nouatio fieri debet expreſſe.*
34 *Quilibet bonus præſumitur.*
35 *Reſeruatio non tribuit ius nouum.*
36 *Reſeruatio fruſtra fit vbi reſeruanti ius non competit.*
37 *Referens ſe ad aliud nil plus tribuit quam ſit in relato.*
38 *Poſſeſſio nil commune habet cum proprietate.*
39 *Rei vindicatio datur contra omnem poſſeſſorem.*
40 *Sententia nocet etiam ſucceſſoribus in dignitate.*
41 *Succeſſor obſeruare debet geſta ab anteceſſore.*
42 *Quod ab ordine decretum eſt reſcindi non oportet.*
43 *Quod Princeps decreuit per epiſtolam vel aliter ſeruandum.*
44 *Imperator debet ſeruare quæ à ſuo anteceſſore facta ſunt quia eſt idem imperium.*
45 *Decreta quæ non habeant vim rei iudicatæ.*
46 *Reſtitutio datur ob inſtrumẽta noniter reperta vbi agitur de iure fiſci.*
47 *Reſcriptum Principis confirmãtis aliquem in poſſeſſione perperam occupata nil operatur.*
48 *Reſcripta intelliguntur valere ſi preces veritate nitantur.*
49 *Nemo præſumitur iactare ſuum.*
50 *Locatio non transfert dominium.*
51 *Confirmatio in forma communi nullum ius tribuit.*
52 *Succeſſor quando teneatur ſeruare facta anteceſſoris.*
53 *Quod ſemel decretum eſt ex cauſa reuocari poteſt.*
54 *Princeps reuocare poteſt priuilegium quod ipſe conceſſit.*
55 *Anteceſſor non poteſt præiudicare ſucceſſori.*
56 *Conductor non poteſt rem præſcribere.*
57 *Etiam mille annis.*
58 *Mala fides impedit præſcriptionem.*
59 *Etiam temporis immemorialis.*
60 *Mala fides authoris nocet ſucceſſori.*
61 *Hæres conductoris non poteſt rem præſcribere.*
62 *Merum & mixtum imperium quomodo præſcribi poſſit.*
63 *Titulus non præſumitur.*

64 *Mala fides autoris nocet successori volenti vti accessione temporis ex persona sui autoris.*

65 *Restitutio in integrum aduersus præscriptionem longissimi temporis datur ex iusta ignorantia.*

66 *Ex temporis antiquitate præsumuntur multa sed vbi apparet de titulo nullo & vitioso cessat præsumptio.*

67 *Cautela datur possessori, vt non ostendat titulum quando longissimo tempore præscripsit.*

68 *Dominium non probatur per instrumentum locationis.*

69 *Fallit in antiquis.*

70 *Bona fidei possessor fructus suos facit & ad effectum hunc causatur bona fides etiam ex causis iniustis, sed post litem contestatam omnes possessores sunt malæ fidei.*

Christi redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.



Idimus facta ad nos transmissa vna cum iuris allegationibus & consultationibus causæ vertẽtis coram excelso Serenissimi A. Archiducis F. Regimine inter D. Aduocatum Fiscalem suæ Serenit. actorẽ ex vna, & D D. Consortes detentores Gastaldiæ Tulmini reos conuentos ex altera: & animaduertimus Dominum Fiscalem Aduocatum in libello petiuisse dictos reos cõuentos condemnari ad relaxationem ipsius Gastaldiæ Tulmini vna cum omnibus eius emolumentis & vtilitatibus, necnon ad restitutionem fructuum & emolumentorum quomodocunque hactenus perceptorum, quique percipi potuerint & in futurum percipiendorum, contra vero quos reos conuentos multas variasque pro sua defensione exceptiones attulisse, & tandem multis ac diuersis iuribus, documentis & instrumentis hinc inde productis ab vtraque parte instrumentum fuisse processum causæ nostrumq; super his omnibus pro iustitia responsum expectari: qua in re, vt officium nostrum desideraretur nullo pacto committendum putauimus. Dicemus itaque super hac tota causa ex actis & instrumentis ad nos transmissis quid nobis videatur iuri consentaneum quemadmodum & Serenis. Domini Archiducis nomine fuimus requisiti.

Et quidem satis est manifestum totius negocii cardinem in hoc verti, vtrum rei conuenti de iure sint condemnandi iuxta petita per actorem in libello, an vero absoluendi iuxta per eosdem excepta. Veruntamen hæc quæ præcipua, ac sola quæstio est decidi non potest nisi antea multa præmuniantur atque discutiantur, ex quorum recta discussione atque resolutione totius principalis quæstionis veritas ac definitio pendet.

Antequam igitur ad hanc principalem quæstionem veniamus sequentes quæstiones ordine discutiemus ac examinabimus.

Prima quæstio hæc erit: Vtrum contractus qui in instrumento ad nos transmisso continetur inter Illustr. & Reueren. Do. Patriarcham Aquiliensem ex vna & ciuitatem Austriæ ex altera anno 1379 die 16. Maii celebratus sit locationis vel venditionis ipsius Gastaldiæ Tulmini?

Secunda posito quod sit contractus locationis & non venditionis an dicti Consortes rei cõuenti qui causam olim habuerunt à dicta Ciuitate Austriæ ex titulo locationis siue sublocationis de alio titul. iusto & legitimo docuerint, ex quo legitimi & iusti possessores effecti sint dictæ Gastaldiæ Tulmini.

Tertia: posito quod de alio titulo non docuerint iusto & legitimo an saltem ex transactione & capitulatione Wormacensi aut ex fœdere Bononiensi aut laudo siue Accordio Tridentino aut vllo alio titulo ac iure simili ex actis appareat titulum & causam iustam siue ius certum habuisse Tulminum & contratam eius tenendi ac possidendi?

Quarta: posito quod nullus ex titulis prædictis appareat an nihilominus dicti Consortes rei conuenti saltem ex mandatis siue decretis Ducum Venetorum ius aliquod fuerint consecuti ex quo Tulminum legitime possidere potuerint & possint?

Quinta: an, & si hæc deficiant, tueri nihilominus se possint dicti rei conuenti exceptione præscriptionis ducentorum annorum oppositæ in actis? His quæstionibus discussis atque definitis ad principalem quæstionem accedemus, & vtrum actoris vel reorum potior causa sit, & an sint condemnandi, an vero absoluendi rei conuenti declarabimus.

Quod igitur ad primam quæstionem attinet dictum contractum anni 1379. inter Patriarcham Marquardum Aquileiæ & Ciuitatem Austriæ non locationis & vẽditionis fuisse, cum pacto redimendi ex actis ad nos missis argumenta ista inuenimus allata, primo, quia in dicto instrumento verba continentur denotantia † dominii translationem quæ 1
dominii translatio non potest fieri per locationem sed per venditionem, *l. non solet. ff. locati. l. cum manu satis* 80. *§. vlt. ff. de contrahen. empt. l. ex empto. ff. de act. empti.* sic enim in instrumento dicitur: Nos Patriarcha & totus clerus, &c. dedimus, tradidimus, concessimus, &c. Constat enim verbũ, dare, operari † domi- 2
nii translationem *l. vbi autem non apparet. § vlt. de verbor. oblig. § sic itaque, in instit. de actio.*

Secundo quia statim fit mentio precii, sic enim dicitur in instrumento, precio marcharum solidorum sex millium; vbi † vero fit mentio precii, præsu- 3
mitur emptio & venditio *l. vlt. C. de prædiis decur. lib.* 10. *l. cum dotem. C. de iure dotium. glos. not. in l. apud Celsum. § si cum legitima ff. de doli mali & met. excep.* ibi precio accepto igitur fuit venditio inquit glo. & tamen in text. appellata est cessio. idem tradit Decius *in l. imaginaria num* 1. *ff. de reg. iur.* Fabianus de Monte *de emptio. & vendit. quæst.* 1. *n.* 3. vbi notanter scribit, precium arguere emptionem & venditionem ad differentiam locationis & conductionis, vbi non precium sed interesse seu pensio interuenit, & Alciatus *ad l.* 1. *num.* 25. *ff si certum pet.* vbi dicit mentionem precii rem claram omnino facere, vt venditio celebrata teneatur, & Afflictus *decis.* 72. *num.* 9 qui sic ait licet contrahentes cõtractum appellauerint emphyteuticum, tamen emptio & venditio videtur, quia precium interuenit. Idem scribunt late Alba. *in consil.* 8. *num.* 47. Parisius *consil.* 82. *num.* 7. *lib.* 3. Marsilius *singul.* 105. Socinus iunior *in consil.* 61. *num.* 3. *lib.* 1. vbi respondit emptionem & venditionẽ præsumi quando precium interuenit, licet à contrahentibus non fiat mẽtio quod sit emptio & venditio: adducit tex. *in l. naturalis §. & si quidem. Cod. de præscript. verb.* vbi si precium detur, vt rem accipiam, dicitur emptio & venditio.

Nam in hoc contractu adhibitæ sunt omnes solennitates † quæ alias adhiberi debent ac solent in 4
venditione & alienatione rerum ecclesiasticarum: scilicet authoritas ipsius Patriarchæ, consensus Capituli & clericorum, imo totius parlamenti patriæ Foro-

Forouilii, tractatus quoque præcessit ac discussio an
vergeret in euidentem ecclesiæ vtilitatem, & neces-
sarius omnino talis contractus esset, & an melior
conditio inueniri possit, & conclusum est matu-
ra deliberatione, vt in instrumento dicitur, neces-
sariam fuisse alienationem, vel oppignorationem,
vel locationem redditum & prouentuum di-
ctæ contratæ Tulmini: & ideo conuentum est
cum Ciuitate Austriæ modis & formis expressis in
dicto instrumento. Hæc solennitas indicare vide-
tur contractum venditionis fuisse, non autem lo-
cationis, quia in venditione rerum ecclesiæ hæc so-
4 lemnia † & huiusmodi causæ requiruntur vt habe-
tur in c. sine exceptione. 12. q. 2. & c. 1 & 2. de reb. eccl. non
alienand. lib. 6. in cap. 1 & c. tua. de his quæ fiunt à prælatis. In
5 locatione autem † simpliciter non requiruntur, quia
prælatus ad modicum tempus locare potest res ec-
clesiæ, Clem. 1. de reb. eccles. non alien. & dicitur modi-
cum tempus quando locatur ad septennium, vt
patet ex c. vlt. ne prælati vi. es. à se. vt post alios explicat
Couuar. lib. 2. variarum resol. 16. in princ.
Et licet ex constitutione Paulina de qua in extra-
uaganti ambitiosæ de reb. eccles. non alienan. prohibita sit
locatio rerum ecclesiæ vltra triennium, tamen di-
6 ci † potest nunc non constitisse illam constitutio-
nem in vsu fuisse, nec nunc satis constare videtur ex
his quæ tradit Prochus Curtius in cap. vlt. de con. iet.
& Syluester Prierius in summa in verb. alienatio n. 5.
Deinde illa constitutio loquitur quando res ec-
clesiæ locantur, non autem si fructus & prouentus
locentur, vt in casu nostro factum est & patet ex
verbis instrumenti, vt tradit Couuar. adducta Pa-
normitani authoritate & l. Regia. lib. 2. variarum re-
solut. cap. 11. num 6. vers. 6 quibusdam.
Quinto quia contrahentes appellant eam ven-
ditionem & alienationem vt in dicto instrumento
habetur ibi. fructus & prouentus contratæ Tulmini ven-
deremus, locaremus vel alienaremus &c. & ibi, talis aliena-
tio &c. item ibi, vnanimiter & concorditer deliberauimus
quod ad alienationem &c. itē ibi quapropter vrgente necessitate
& vtilitate prædiū requirit secundum communitatem Ciuita-
tensem & quam plures alios si vellent fructus, reditus &
prouentus totius Gastaldiæ Tulmini emere &c. item ibi,
quod nos vel nostri successores vel vacante sede capitulum
Aquileiense usque dicta sex annu non possimus neque possint
alienationem &c. modo aliquo reuocare.
7 Contractus autem is † celebratus dicitur quem
verborum proprietas significat arg. in. l. in ers. C de
solutio. ibi, quantum lectio probat. tradit Decius in auth.
ex testamen. o. C. de collatio. num. 6 vbi citat Oldrad.
consil. 159. dicentem, cum reuocatur in dubium an
dicatur concessio in feudum vel donatio, verba
concessionis inspicienda esse. Hinc si dicatur do-
namus, apparet donationem fuisse, cōtractus enim
8 debent † iudicari vt verba sonant nisi effectus rei
aliud ostendat vt ibi latissime Tiraquell. ad l. si vn-
quam C. de reuocand. don. in verb. libertis n. 5. 6. 7. & seq.
Quinto id confirmari videtur ex confirmatio-
ne secuta dict. contractus celebrati anni 1379. quæ
confirmatio successiue à Patriarcha eidem ciuitati
Austriæ anno 1490. facta esse præsupponitur (non
enim illam vidimus) in ea enim nulla fit mentio
pretii siue mercedis petendæ ab ipsa ciuitate tanq̃
ex contractu locationis & conductionis, quod ta-
men verisimiliter factum fuisset, si contractus præ-
cedens fuisset locationis & cōductionis Ex confir-
matione autē secuta declaratur quæ fuerit intentio
9 in prima concessione, sicut ex subsequētibus † con-
stat præcedentia declarari. l. si seruus plurium. §. vlt.
reg. 7. Bursat. in cons. 2. num. 57. lib. 1 Et hæc coniectura
fortior redditur ex quo Patriarcha confirmans di-
ctā concessionem dicetur volentes prædecessorum no-
strorum vestigia imitari, &c. Videtur enim præsuppo-
nere quod ante ipsum alia confirmatio facta esset
ab alio Patriarcha post Marquardum illum, qui pri-
mo concessit. & cum lapsi essent non solum primi
sex anni qui sunt in instrumento expresi, verum e-
tiam alii sex, & vltra non videtur dubitandum, quin
si locatio & conductio fuisset, aliqua certa pensio
constituta fuisset: solet enim locatio ad † certum 10
tempus cum eisdem conditionibus & qualitatibus
renouari. l. item quæritur. §. qui impletur. ff locat. & eo-
dem precio vt tradit Franc. Cremens. sing. 13. & Bar-
dus de tempore vtili c. 4 num. 10.
Sexto nam videtur constare contratam Tulmini
antiquitus cum onere custodiæ annuatim pro mar-
chis tantum 450. locari solitam fuisse, ergo non est
verisimile fuisse locatum precio siue pensione sex
millium marcharum in sexennium, quia hoc modo
ciuitas Austriæ soluisset singulo anno Marchas 550.
vltra debitam mercedem, quod sane verisimile non
est: quia † nemo præsumitur iactare suum l. cum de in- 11
debito. de probatio. Ergo interpretatio illa sumenda est,
qua contrahentium alter damnum non sentiat l.
3. § 1. ff de recep. arb. late Crauet. cons. 245 num. 9. & cons.
269 n. 5. non autem illa per quam vna pars decepta
esset. idem Crauet. multis legibus & authoritatibus
adductis in cons. 91. n. 11.
Septimo hæc adiuuari videbantur ex eo quod
contrata hæc Tulmini antea fuerit vendita Comiti
Goritiæ precio 5000. marcharū, quod sane preciū
est longe minus quam sex millium. Vnde nō est ve-
risimile id quod vendi potest & venditum est pre-
tio quinq; millium, locatum fuisse ciuitati Austriæ
sub pensione sex millium ad tempus sex annorum
præsertim cū ciuitas illa non ignorauit præceden-
tem venditionem factam precio quinque millium
Comiti Goritiæ: quod autē † verisimile nō est non 12
debet præsumi l. non est verisimile. ff. de eo quod met. cau-
sa. Imo † habere dicitur imaginē falsitatis latissime 13
Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuocand. donatio. in præ-
fation. n. 17. cum plurib. seqq.
Quod autem Tulmini contrata vendita fuerit
dicto precio quinque millium Comiti Goritiæ, vi-
detur ex instrumentis probari in actis productis in
quibus continetur, solutas fuisse Marchas bis mille
& ducētas quinquaginta ipsi Comiti Goriciæ pro re-
demptione medietatis dictæ contratæ Tulmini, quæ
pecunia fuit etiā ab ipsa ciuitate Austriæ Patriarchæ
ad dictum effectum redemptionis mutuata & con-
cessa, & postea ab ipso Patriarcha restituta eidem ci-
uitati, vt patet ex dictis instrumentis.
Nec obstare videbatur quod toties in dicto in-
strumento fiat mentio locationis & cōductionis, &
ab ipsis contrahentibus fuerit appellata locatio &
conductio.
Quoniam licet verba ita sonent, magis tamen at-
tendi debet natura contractus † & subiecta materia 14
quam verborum sonus. l. si vno. ff. locati. l. insulam ff de
præscrip. verb. & tradit Afflict. decis. 72. quod licet con-
trahentes appellent contractum emphyteusis, ta-
men si precium adest, & ea quæ ad emptionē requi-
runtur, propter materiam subiectam empt o iudi-
cari debet, ita de emphiteusi facta sub nomine loca-
tionis responderunt Neuizan. cons. 92. nu. 12. Bellua.
cons. 21. n. 4. 5. Natta in cons. 49. n. 14.

Verum istis nil morantibus, contractum inter Patriarcham Marquardum & ciuitatem Austriç initum dicto anno 1379. non esse emptionis & venditionis sed locationis & cōductionis existimauimus: quod probatur ex verbis dispositiuis quæ in dicto instrumento continentur, sic enim habetur.

Nos Patriarcha & totus clerus videntes euidentem vtilitatem & vrgētem necessitatem Aquiliensi ecclesiæ & communitatem ciuitatensem ad meliora pacta descendere cum voluntate & consensu Capituli dedim*, tradidimus, concessim* & locauimus nomine nostro, successorum nostrorum & eiusdem Aquiliensis ecclesiæ nostrę dilecto fideli nostro Rudolpho recipienti vice & nomine cōmunitatis prædictæ omnes & singulos fructus, reditus & prouentus contratæ supra dictę Tulmini ad nos & nostram Aquiliensem ecclesiam pertinentes, cum omni iure & iurisdictione ad nos & ad nostrā ecclesiam Aquiliensem pertinente & spectante ac totam Gastaldiæ ac omnibus & singulis ad eandem Gastaldiam quouis modo spectantibus & pertinentibus & hoc vsq; ad sex annos proxime nunc venturos precio marcharum solidorum sex millium, &c. & post pauca verba ita sequitur, his pactis & conuentionibus habitis, cōfirmatis inter partem vtramq; primo quod annus concessionis & locationis prædictæ incipiat in festo S. Georgii proxime nunc præteriti.

Item quod præfata cōmunitas teneatur Castrum, curiam & contratam Tulmini custodire suis sumptibus, & expensis vsque ad sex annos nunc proxime vēturos: dicta custodia & aliis late expressis & commemoratis in instrumento Dom. Patriarcha eidem communitati soluere teneatur marcharum solidorū sex millia à festo S Georgii proxime præteriti vsq; ad sex annos proxime tunc venturos. Item quod elapsis dictis sex annis communitas ante dicta solutis sibi sex millibus marchis solidorum, prædicta custodia & damnis & aliis supra expressis teneatur castrum, curiam & contratam Tulmini restituere.

Et si pecuniæ prædictæ solutæ non fuerint tunc pro rata qualitate sex milliū marcharum solidorum videatur pro parte vtriusque iterum conductio & locatio celebrata vel cōfirmata, per annū sequentē, & videatur custodia castri, curiæ & cōtratę Tulmini communitati prædictæ ciuitatensi confirmata & assignata pro rata qualitatis sex millium marcharum solidorum per annum illum sequentē, & sic de anno in annū, &c. Hic diserte contrahentes appellant locationem & conductionem, non solum semel, sed iterum atque iterum, ergo locationis, & conductionis, non autem emptionis & venditionis contractus celebratus videtur, sub pactis tamē, de quibus supra dictum est.

15 Nec † enim à verborum proprietate recedendum est nisi appareat de contraria mente deponentis. *l. non aliter. de leg.* 3. ita in terminis argumentatur locationis cōtractum & non venditionis esse: Ripa *de priuileg. contract. tempore pestis n.* 55. Bocerus *decis.* 249. *n.* 9. Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præs.* 104. *n.* 3. 4. vbi post Castren. quem citat *in l. litem ferro.* §. *qui maximos. nu.* 4. *ff. de publicat.* dicit id procedere, licet precium sit cōstitutum non in singulos annos, sed vnicum precium pro omnibus annis, vt in casu nostro. Item dicit Bartol. *in d.* §. *qui maximos. quæst.* 5. *num.* 2. Dum ait, si dico vendo, fit venditio, vbi dico loco, fit locatio. Ita quoque Angelus argumentatur *in cons.* 2 *num.* 9. pulchre Aretin. *in cons.* 55. *in princ. & fin.* sic & Oldrad. argumentatur *in cons.* 19. *n.* 3. Dec. *in auth. ex testamento. n.* 6. *vers. sed certe datio. C. de colla in eo sil.* 31. *n* 3 *consil.* 208. *n.* 1. *consil.* 468. *n* 9 *&* 49. *n.* 6.

Et quod in dubio contrahentes cognoscuntur talem contractum voluisse facere, qualem nuncupatum & expresse nominant, late adductis autoritatib. probat Tiraquellus *de retract. consang.* §. 10. *gl.* 1. *n.* 7. 8. quæ sententia confirmari potest ex *l. Labeo. ff. de supp. leg ex c. si autem* 27. *q.* 2 & ex aliis testimoniis quæ passim obuia sunt.

Et licet dici soleat † verba contrahentium non tam esse spectāda q̄ naturam actus & rei gestæ, quia verba secundum materiam subiectam accipienda sunt. Id tamen procedit quando actus est clarus, & natura rei gestæ clare contrarium suadet, tunc enim illa attēdi debet, non autem sonus verborum: secus autem si materia subiecta & natura ipsius actus rei gestæ non ita clare appareat & contrarium suadeat, quia tūc à verborum proprietate & natura recedendum non est, vt declarat optime Menoch. *lib.* 3 *de præsum.* 104. *n.* 31. quod ipsum probatur ex doctrina *l. non aliter. de leg.* 3. & ex aliis superius allatis. Rursus ita † demum contractus iudicatur ab effectu cōtra sonum & formam verborum, quando effectus repugnat & aduersatur ipsi sono verborum & formæ, tunc enim consideratur effectus omissis verbis, vt late docet Crauet. alios citans *in cons* 20. *num.* 5. *lib.* 1. sed hic non repugnat effectus verbis, imo recte consonat; vt statim patebit. 16 17

Etenim in casu isto præter verba contrahentium, quæ clarissima sunt, & contractū locationis & conductionis celebratum esse demonstrant, concurrunt tres manifestę coniecturæ & tria argumenta e quibus plane euincitur effectū ipsius cōtractus conuenire naturæ locationis & conductionis, non autem emptionis & venditionis.

Primum quia locatio facta est ad sex annos? Secundum quia pactum illud intercessit, vt pro sumptibus custodiæ & aliis sex millia marcharum restituerent Ciuitatensibus elapsis dictis sex annis. Tertium quia ita conuentum extitit, vt non solutis dictis sex millibus pro custodia & aliis promissis, locatio & conductio confirmata intelligeretur per annum sequentem, pro rata quantitatis sex millium marcharum solidorum, per annum illum sequentem & sic de anno in annum, vt in dicto instrumento continetur.

Etenim venditio rei & † traditio transfert dominium in emptorem si venditor sit dominus. *Lex empta. ff. de act. empt.* idque in perpetuum non ad certum tempus, vt notum est. Contra locatio & conductio solet fieri vel in singulos annos, vel ad certum aliquod tempus *l. item quæritur.* §. *qui impleto ff. locati. l. legem. C. eod.* 18

Et licet aliquando res vendatur cum pacto reuenditiuo, vt in *l.* 2. *C. de pact. inter emptorem & venditorem.* tamen non dicitur fieri venditio: tunc ad certum tempus, sed sub ea lege, vt quandocunque, vel intra certum tempus venditor precium restituerit, teneatur emptor ei rem restituere, *vt in d. l.* 2 At vero in casu hoc nostro nullum tale pactum interpositum est. Nulla facta est mentio venditionis vel rēuenditionis, quare dicendum est contractum illum fuisse locationis & conductionis.

Illa enim pactio interposita, vt elapso sexennio restituerentur ciuitati sex millia marcharū solidorū, non arguunt venditionē cum pacto redimēdi, quia dicta sex millia restituenda non illa sunt quæ precii nomine numerata sunt à Ciuitatēsibus, sed alia lōge diuer-

d... turritum qu... Ci...tatenses expositi erant pro custodia castri & loci, item pro damnis passis & alijs causis longe diuersis, quæ in instrumento commemorantur.

Quod pactum circa custodiam castri aliud argumentum est contractæ locationis & cōductionis
19 non autem venditionis, quia si facta esset † venditio non deberet venditor sumptum præstare custodiæ, sed emptor tanquā rei dominus & ad quem commodum & incommodum spectat profecta venditione. *§. cum autem. in inst. de emp. & vend. l. 1. C. de periculo & comm. rei vend.* suis sumptibus rem custodire debet, sed licet hæc sint satis perspicua cōtractæ locationis & cōductionis argumēta, illud tamen omniū clarissimum & euidentissimum est quod in instrumento dicitur, si nō fuit facta restitutio à Patriarcha sex millium Marcharum, cōfirmata intelligatur locatio & conductio pro rata qualitatis dictorum sex millium, in annum sequētem, & sic de anno in annum. Hęc enim pactio manifeste repugnat emptioni & venditioni, quia is qui emit non soluit pensionem singulo anno pro vsu rei cum sit dominus, sed id propriū est locationis & cōductionis † quæ à ven-
20 ditione hac inter alias notas discernitur, vt docet Gl. *in l. 1. § 1. in ver. agen. D. de superficieb.* & melius Bart. *in q. 4 ... publicanus sub n. 6. & 10.* vbi loquitur in fortioribus terminis, quando scilicet contrahentes vsi sunt verbo emptionis & vēditionis & nihilominus recte docet locationem esse, quia conuentum fuerat vt singulo anno aliquid solueretur, & idē docet *in l. Cotē ferro. § qui maximos. n. 2. 3. ff. de publican.* vbi Paulus Castr. idem scribit pręclare Petrus Anchar. *in cons. 402. incip. pluribus rationib. n. 5.* Corneus *in consil. 23. n. 7. lib. 2. & 128. n. 3. 4 eodē lib.* Ludouic. Bolognin. *cons. 54 n. 5.* Socin. sen. *cons. 88. n. 2. lib. 1 & 156. n. 2. 3. lib. 2.* Ripa *in tract. de pest. tit. de priuileg. contract. n. 56.* Socinus iun. *cons. 68. nu. 1. lib. 2* Boetius *decis. 249 n. 11.* Egidius Bossius *tit. de remiss. mercedis publican. n. 5* Nec dubitari potest quin pensio instrumenti specie in singulos annos distributa, vt in casu nostro confirmata locationis, quia ita conuenerunt, vt locatio & conductio pro anno sequēti & sic deinceps de anno in annum cōfirmata esset pro rata qualitatis dictarum Marcharum solidorum sex millium; quod proinde est ac si diceretur quod singulo anno solui debet rata pars sex millium prædictorum, & sic in effectu solutio pēsionis promissę est in singulos annos, quod locationis est proprium, vt diximus: Et licet in eo casu quo contrahentes vsi sunt verbo venditionis & emptionis, aliqui à communi discedentes opinione existimauerint esse venditionē & locationē, vt patet ex Menoch. *de præsump. lib. 3. præs. 104. n. 25.* tamen nullus dissentit nec dissentire potest quando cōtrahentes vsi sunt verbo locationis & cōductionis, & simul certam pensionem in annos singulos instituerunt, vt in casu nostro.

Quibus ita constitutis non est difficile ad argumenta superius in contrarium allata respondere.
21 Nam quod attinet ad primum illa † verba dedimus, tradidimus, cōcessimus nihil obstant, quia accipienda sunt secundum subiectam materiam quæ erat locationis. *l. si vno ff. locati. l. Insulam. ff. de præscrip. verbis. l. si stipulatus. vers. verum ff. de vsuris.* Crauet. *in cons. 20. n. 4. & alijs passim.*

Item illa verba declarantur ex sequenti verbo locauimus, sic enim dicitur in instrumento, Nos Patriarcha &c. dedimus, tradidimus, cōcessimus & locauimus, illud verbū locauimus declarat alia verba ei adiuncta, vt nimirum significent dationem, traditionem & concessionem ex causa locationis &
cōductionis. Verba † enim obscura & dubia decla- 22
rari debent ex aliis verbis adiunctis quæ sunt clara, *argum. l. 1. ff. de verbis dubiis.* Ioan. Cephal. *in cons. 104. n 6. & cons. 107. n. 2. lib. 1. & cons. 259. nu 38. lib. 2.* & alibi sępe. Est enim hęc vulgatissima regula, verba præcedentia ex sequentibus declarari & restringi. *l. si seruum plurium. § vlt. de leg. primo, cum similibus.*

Ad secundum quod præsumatur emptio & venditio quia fit mentio precii, respondemus in præsenti casu istud locum non habere quia manifestum est ex verbis instrumenti, actum esse inter partes, vt contractus esset locationis & conductionis, quare precii conuentio pro mercede accipitur, quod & in locatione neque nouum est neque absurdum, *vt patet ex l. Insulam 60. D. locati.* vbi Labeo insulam vno precio totā locasti &c. *& l. ea lege § locaui. ff. eod.* notat Anchar. *in consil. 402. num. 5. vers. Non obstat.* Et
quod † preciū accipiatur pro mercede notant quo- 23
que Io Imolens. *in c. propter sterilitatem. nu. 40. locati.* Ripa *de peste. tit. de priuileg. contract. nu. 59.* Menoch. *in cons. 27. n. 46. lib. 1.*

Ad tertium argumentum quod ex adhibitis solennitatibus consensus totius cleri & capituli, imo etiam parlamēti totius prouinciæ, præsumatur contractus venditionis, non autem simplicis locationis ad sexennium, quæ tot ac tantas solēnitates non requirit. Respondemus multis modis; Primum non fuisse requisitum consensum illum, ob simplicem illam duntaxat locationē ad sexēnium, sed ad examinandum, tractandum & consultandum de Tulmini contrata siue Gastaldia, an & quomodo posset vendi, vel oppignorari, vel locari in vtilitatem ecclesiæ & pro necessitatibus eius, sicuti latissime dicitur & narratur in ipso instrumento, vbi fit mentio quomodo post longam deliberationem & factam consultationem, quod circa distractionem Tulmini fuerit conclusum ac deliberatum, nullam conditionem meliorem, iustioremq; & cōuenientiorem repertam esse, quam illam, vt scilicet Tulmini Gastaldia ciuitati Austriæ locarentur sub modis, pactis & conditionibus, quæ in dicto instrumento continentur. Ad hunc igitur effectum illa cōsultatio, tractatus conuentusque ac deliberatio superflua non fuit, imo maxime necessaria & opportuna, ad meliorē conditionem eligendam & inueniendam, fa-
cilius enim † inuenitur quod à pluribus quæritur. *l.* 24
vlt. C. de fideic. & vbi est maior numerus eligentium, ibi præsumitur maior Zelus *c. ecclesia nostra. de elect. c. si quando. eod. tit. n 6.* Et integrum est iudiciū quod plurimorum sententia comprobatur *c. extra 64. distin.* & monet summus Pontifex Patriarcharū Hierosolym. vt in negociis ecclesiæ fratres suos requirat, & cum eisdem consilio vel sanioris partis & peragat & tractet *in c. quando. de his quæ fiunt à prælatis sine consensu capituli. c. prudentiam. de offic. deleg.*

Secundo respōdemus istam locationem factam quidem fuisse ad sexennium, sed cū pacto vt nisi sex millia finito sexennio restituerentur ciuitati, confirmaretur locatio de anno in annum; ergo erat locatio ad longū tempus, quia dicitur locatio ad longum tempus quando fit ad decennium, & consequenter consensus capituli requirebatur, nec prælatus solus locare potest rem ecclesiasticam ad longū tempus. Quod dicatur locatio ad lōgum tempus quæ fit ad decennium, & ideo de iure prohibita sit
fieri à prælato, absque † iuris solennitate, tradit Gl. 25

communiter recepta in *c. lem. 1. de rebus eccl. non alienan.* Alex. *cons. 17. lib. 4.* Couarr. *lib. 2. variar. resoluti. in c. 16. in prin. n. 1.* vbi citat Panorm. Decium & alios, idque verum & ab omnibus receptum est.

Ergo non frustra dictus consensus Capituli fuit adhibitus à Patriarcha Marquardo, erat enim necessarius, ac omnino adhibendus, vt valeret locatio eo modo facta, quo in instrumento continetur.

Tertio respondemus, illud argumentum nullius esse momenti, quia procederet vbi res esset dubia & obscura, an videlicet contractus esset locationis & conductionis, an vero emptionis & venditionis: sed in proposito casu res est satis perspicua ex prędictis quod sit contractus locationis & cōductionis. & ideo in claris opus non est cōiecturis. *l. continuus. §. cū ita. ff. de verb. oblig.* Et potius iudicandum esset, cessantibus supra dictis, quæ tamē militare nobis videntur, solemnitates esse adhibitas, & ad maiorem cautelam quam à claris verbis contrahentium recedendum;
26 nihil enim † nocet adhibere solemnia non necessaria quia vt dici solet abundans cautela non nocet. *l. testamentum. C. de testam.* & quæ dubitationis tollendæ gratia contractibus inseruntur, ius cōmune non lædunt. *l. quæ dubitationis. de reg. iuris.* nec rei substantiam mutat non necessaria verborum multiplicatio. *l. Pediculis. §. Labeo. D. de auro & argento legato.*

Ad quartum argumentum respondemus fuisse consultatum à Patriarcha de venditione vel oppignoratione vel locatione facienda cōtratę Tulmini sed tandem locatam fuisse, atque ita conclusum, & conuentum vt in dicto instrumento latius continetur; quare non debet attendi quod aliquando fiat mentio venditionis vel alienationis, sed spectanda est conuentio clara, & expressa, ex qua apparet locationem, & conductionem factam fuisse.

Ad quintum argumentum ex confirmatione petitum, respondemus, illud posse in contrarium facile retorqueri: nam in ipsa confirmatione fit mentio locationis, & conductionis, sic enim in confirmatione dictum ex actis ad nos transmissis est (illam enim confirmationem non vidimus) volentes in hac parte ipsorum prædecessorum nostrorum vestigia imitari, locationem, concessionem, & traditionem supradictas, nec non omnia, & singula in supradictis locationis & concessionis huiusmodi literis, seu instrumento publico contenta, vt superius plenius est expressum, omnibus modo, iure, & forma quibus melius & efficacius possimus, authoritate nostra Patriarchali confirmamus, ratificamus, & in omnibus approbamus.

Quibus verbis apparet, etiam in ipsa confirmatione, appellatam fuisse locationem, & licet non fiat mentio precii, tamen intelligitur confirmata cum eisdem qualitatibus, quibus facta fuit. *l. item quæritur. §. qui implet. de locat.* qui enim † confirmat, nihil
27 de nouo addit. *l. & quia. D. de iurisd. omnium. c. quia intentionis. de priuileg.* & ita passim omnes docent interpretes, Decius *ad rub. de confirmatione vtili vel inutili.* Philipp. *in c. super quæstionum. 1. de off. & potest. iud. deleg.* Andr. Gail *lib. 2. obser. 1. n. 3.*

Ad sextum argumentum quod Tulmini contrata solita fuerit locari Marchis 450. annuis, & ideo verisimile non sit locatam fuisse mille marchis solidorum annuis (hoc enim videretur locationis precium diuidendo sex millia marcharum in singulos annos per sexennium) respondemus id allegatum quidem fuisse à dominis consortibus reis conuentus, sed nō vidimus ex actis id probatum fuisse. Hoc vnum ex consilio quodam scripto in hac causa pro Serenissimo Domino Archiduce colligimus testimonium extare, Odorici cancellarii Patriarchalis qui in inuentario bonorum & redditūum Patriarchalium edito sub anno 336. Gastaldiam dictæ contratæ Tulmini solitam locari pro 500. marchis annuis, & vltra cum onere custodiendi duo castra sita in dicta contrata, sumptibus conducentium. Verum, & si hæc ita essent, nihil tamen hæc iuuarent ad probandum non fuisse locationem, & conductionem, namque in hoc contractu locationis anni 1379. conuentum fuit, & actum vt ciuitati Austriæ sex millia marcharū post sexennium restituerentur pro sumptibus custodiæ & aliis causis expressis in instrumento, ex quo infertur sumptus custodiæ castri non fuisse cōductoris sed locatoris, & ideo mirum non est si mille marchis annuis dicta Gastaldia fuerit locata, & sic maiori precio sine sumptu custodiæ locata fuerit quam solita erat locari cum sumptu custodiæ. Denique precia rei pro varietate temporū variari, augeri, minui, quotidiana docet experientia: Adeo vt nec mirum sit, si id quod locabatur quingentis anno 1336. postea etiam mille locatum fuerit anno 1379. Quare nullius sane momenti hoc argumentum siue coniectura pro venditione adstruenda contra verba expressa instrumenti nobis videtur.

Ad vltimum argumentum respondemus, non constare de venditione illa, quæ dicitur facta fuisse Comiti Goriciæ Gastaldiæ Tulmini precio quinque millium marcharum. Nec obstant instrumēta allata, quia in illis nullum fit verbum venditionis factæ dictæ Gastaldiæ Tulmini Comiti Goriciæ, sed tantum mentio fit restitutionis 2250. marcharum, facta ciuitatensibus qui eandem pecuniæ summam ipsi Comiti nomine Patriarchatus pro redēptione medietatis ipsius Gastaldiæ Comiti soluerant, ex quo non recte infertur dictam Gastaldiam venditā fuisse dicto Comiti Goriciæ, nam & si fuisset oppignorata, recte procederet ipsa redemptio facta, & potius credēdum est oppignoratam fuisse, quam venditam: quoniam nulla mentio venditionis fit, & quæ vendita sunt non possunt redimi restituto precio, nisi pacto, vel lege caueatur, quorum neutrum nobis constat in præsenti specie veram fuisse: venditiones † enim fieri solent, vt res perpetuo sit penes 28
emptorem, pignorationes vero quousque debitum soluatur. *l. si rem. § omnis. D. de pig. act.* Menoch. *de præs. lib. 3 præsump. 122. n. 113.* & hæc de prima quæstione.

Sequitur secunda: an constet de alio titulo nouo post dictum annum 1379. acquisito, ex quo Ciuitatenses prædicti, & consortes iusti, & legitimi possessores effecti sint.

Et quidem, quod nouus titulus acquisitus fuerit hæc argumenta à Consortibus allata fuisse cognouimus.

Primum scriptura 1391. 15. Iulii G. in qua legitur Franciscum de Carrera Paduæ Dominum misisse nuncium ad cōmunitatem Ciuitatensem, eam rogans, vt contenta esset castrum resignare, & contratam Tulmini Patriarchæ, quia ipse Franciscus promittebat dictæ communitati restituere Ducatorum duodecim millia pro dicto castro, & cōtrata ipsi cōmunitati restituenda, dummodo ad huiusmodi solutionem faciendam sibi daretur dilatio, & à dicta communitate responsum fuit nolle dictam Gastaldiam & contratā Tulmini restituere, nisi dicta duodecim millia ducatorum ei restituerentur.

Ex hoc

Ex hoc enim constare videtur post primum contractum anni 1379. alium nouum contractum, & alia pacta inter partes factum fuisse, præsertim in antiquis, quæ ante 200 annos contigerant quod confirmari potest ex traditione eorum, qui docuerunt nouationem factam præsumi, quoties secundus contractus est incompatibilis cum primo, sicut in casu nostro, nam videntur hæc esse incompatibilia, quod castrum & contrata Tulmini sit titulo locationis concessa communitati, per quem cõtractum ei merces annua debetur, & fit compensatio debitorũ sex milliũ, quos Patriacha cõmunitati soluere obligatus erat in dicto instrumento anni 1379. cõpensione sex millium à communitate debitorum pro precio locationis, & quod postea communitati deberent a Patriarcha restitui duodecim millia ducatorum, & quod nouatio facta fuisse præsumitur,
29 quando † secundus contractus est incompatibilis cum primo, probari videtur *arg. l. si pupillus. § cui actum. de nouat. l. pacta nouissima C. de pactis.* Dd. tradunt Bald. *in consilio* 318. *lib. primo n.* 4. Decius *in dicta leg. pacta nouiss. n.* 5. *C. de pactis. & in cons.* 400. *col. pen. &* 464. *n.* 4. *&* 564. *n.* 15. Menochius *de præsumptione lib.* 3 *præsumptio.* 134. *n.* 39.

Secũdo prolata sunt decreta dictæ communitatis anno 1405. & 1407. quibus statutum fuit quod si D. Patriarcha volebat Tulminum sibi restitui ad curiam Romanã legati mitterentur pro liberatione dictæ communitatis ac huiusmodi vexatione, & si Tulminũ sibi restitui cupiebat ipse prius pecuniam restitueret, id est, dicta duodecim millia ducatorũ: Hæc autem ita gesta verisimiliter non fuissent, si nullus alius contractus inter Patriarcham, & communitatem gestus fuisset, præter contractum locationis dicti anni 1379. nec enim mittendum erat ad Romanam Curiam pro defensione causæ, si in terminis fuissent prioris contractus locationis: nemo enim præsumitur velle se frustra sumptibus & laboribus fatigare *arg. l. cum de indebito. ff. de probatio.*

Tertio quod à dicto contractu anni 1379. recessum fuerit, hanc coniecturam illatam esse vidimus, quia iam Patriarcha Antonius vexare incepisset dictam communitatem pro restitutione Tulmini, fundans se in instrumento 1379. Communitas ipsa inuenit noua pacta inita cũ Patriarcha Marquardo anno 1404. ignorata; quibus intellectis Patriarcha cessauit à dicta molestatione dictæ communitatis circa restitutionẽ Tulmini: ad hæc autem probanda decreta producta sunt præfatæ communitatis anni 1402 1. Maij & eiusdem anni 23. Iulii.

Et ergo verisimile ex hoc silentio Patriarchæ qui postea non perrexit in lite, & molestatione prædicta, ea pacta longe diuersa fuisse à prioribus, alioquin non acquieuisset Patriarcha neque cessasset à molestatione, & lite.

Neque enim præsumendum est quẽpiam voluntatem mutasse & correxisse, atque adeo in constan-
30 tia † non præsumitur sine aliqua causa iusta, *l. cum qui. de probatio. l. cum hic status. § pœnitentiam ff. de donat. inter vir. & vxor.* Alciat. *de præsumpt. Reg.* 2. *præsump.* 16. *n.* 1. latissime Menochius *de præsump. lib.* 6. *præsump.*
34 nec præsumitur is qui habet iustam causam diu negligere ius suum prosequi, & ideo creditor, qui
31 multos annos distulit petere creditum suum præsumitur solutum vt tradunt Afflict. *decis.* 13. *n.* 2. & Briorius *cons.* 19. *n.* 9. *lib.* 3. Ex silentio enim tanti temporis, tacita intelligitur fieri renunciatio per eum, qui tacuit, *l. apud eum. C. de censibus, & censitoribus. lib.* 11. *l. si eo tempore. C. de Remiss. pign.* & qui tam longo tempore patitur consentire videtur. *l. penult. C. de commu. diui. l. solennibus. C. de rei vind.*

Quarto animaduertimus hoc allegatum esse ad nouum contractum præsumendum, quod pro Tulmino, & redditibus eius soluatur annuus census marcharum 70. ex hoc enim argumentum sumi videtur alium cõtractum inter partes secutum fuisse, & dictam Tulmini contratam fuisse concessam in formam censualis contractus, vel emphyteutici, quia ex † solutione census, probatur contractus 32
censualis. Menoch. late *de præsump. lib.* 3. *præsump.* 108.

Non obstat si dicatur nouationem expresse fieri debere *l. vlt. C. de nouatio.* quia etiam ex coniecturis fieri potest, vt docet Glos. *in l.* 2. *ff. de nouat.* Castren. *in dicta l. vlt.* & plurimi alii quos in hanc sententiam refert Menoch. *de præsump. lib.* 3. *præsump.* 134. *n.* 36.
Quanquam non hic agitur † de nouatione debiti, 33
& obligationis debitoris, de qua loquitur *d. l. vlt. C. de nouatio.* sed de nouo contractu præsumendo, qui proinde ex coniecturis præsumendus videtur, præsertim in antiquis factis, in quibus probationes plenæ, & perfectæ non tam facile haberi possunt. Verum istis non obstantibus contrarium nobis videtur iuri magis consentaneum, nempe nullum alium inter partes contractum post annum 1379. probatum videri, ex iis, quæ nobis præponuntur, & transmissa fuere, probandum autem fuisset, nec præsumendum, nemini dubium fore putamus, cum sit fundamentum exceptionis Dominorum Reorum, & in facto consistat secundum Regulas vulgares, & tritas: præsertim vero considerando, quod si nouum titulum, & contractum gessissent post dictum annum 1379 cum Patriarcha Marquardo non petiissent confirmationem contractus locationis dicti anni 1379. prout petierunt anno 1403. à successore dicti Marquardi, quod enim iam petiuerat, & impetrauerat non negant ipsi Domini consortes, ergo non præsumitur facta nouatio & ab eo contractu postea recessum, quia si nouatus fuisset ille cõtractus, non potuisset, nec debuisset confirmari, sed contractus ille potius qui postea factus fuisset.

Nam quod attinet ad primum Argumentum ex eo quod anno 1392. Franciscus de Carrara Paduæ Dominus nuncium miserit ad Cõmunitatem Ciuitatensem, eam rogans vt restitueret Castrum Tulmini Patriarchæ, quia promittebat ipse restituere cõmunitati duodecim millia ducatorum pro dicto castro & contrata Tulmini restituenda dictæ communitati. Respondemus ex hoc non recte colligi aut inferri posse nouum contractum gestum fuisse inter ipsam communitatem, & Patriarcham per quem Tulmini contrata vendita aut translata & alienata fuisset in ipsam communitatem. Nam pecunias illas debitas fuisse prætendebatur ex aliis causis, quia scilicet in Tulmino fuissent positæ à quibusdam Ciuibus: Id patet euidenter ex decretis ipsius Ciuitatis quæ consortes produxerunt; sic enim habetur de verbo ad verbum: in facto autem Tulmini definitum fuit quod per ipsos deputatos cum verbis honestis dicatur, & Respondeatur (scilicet Nuncio Francisci de Carrara) quod communitas non potest ipsum locum, & contratam Tulmini dimittere, & ipsius Domini nostri Patriarchę manibus resignare nisi duodecim millia ducatorũ cõmunitati dentur, quos communitas habeat dare bonis vicinis & ciuibus terræ ciuitatensis, quas ipsas pecunias posuerunt in Tulmino.

Quid autem sibi hoc velit pecunias positas fuisse in Tulmino à bonis vicinis & ciuibus, colligi potest ex verbis præcedentibus ipsius decreti communitatis, quibus dicitur locum, & contratam Tulmini communitati obligatam fuisse, & per habentes denarios in Tulmino à communi recognosci & teneri. His enim verbis patet pecuniam fuisse mutuatam ab aliquibus ciuibus & vicinis communitati super Tulmino, & qui propterea Tulmini castrum tenebant, à communitate recognoscebant, ex quibus non videmus vllam speciem aut formam contractus super castro, & contrata Tulmini celebrati inter communitaté & Patriarcham, sed inter ipsam communitatem, & ciues seu vicinos quibus pecunia debebat restitui ab ipsa communitate, & fortasse nihil Patriarcha sciuerat hac de re, tantum abest, vt ipse vel se obligasset ad pecuniam restituendam vel nouum contractum cum ipsa communitate circa Tulminum fecisset.

Denique acta inter communitatem, & Franciscum Carrara tanquam inter alios non potuerút Patriarchæ nocere, vel prodesse, *vt patet ex toto tit. C. res inter alias act.* & *c. ex l. si vnus. §. ante omnia. de pactis. l. Imperatores. ff. de transact. c. inter dilectos. de fide instrum.* cum sexcentis similibus, quæ adferri possent.

Secundum vero argumentú ex eo petitum, quod communitas voluerit legatos mittere Romam si pergeret Patriarcha Tulminum petere: nihil valet ad probandum nouum contractum secutum fuisse inter ipsam communitatem, & Patriarcham. Primo quia si nouum contractum habuissent, non erat opus Romam mittere legatos, quia potuissent se tueri in iudicio. Deinde quia si nouum contractum gessissent cum Patriarcha, cuius vigore potuissent Tulmini contratam legitime possidere, non est verisimile Patriarcham virum ecclesiasticum ipsis molestiam vllam seu litem illaturum fuisse, sicut enim ipsi pro se præsumendum putant, ita etiam nos putamus aliquod esse pro ipso Patriarcha præsumendum.

Tertio quia fieri potest vt communitas iniuste retinere vellet Tulminum, aut sub alio prætextu quam alicuius contractus postea celebrati puta sub prætextu duodecim millium ducatorum, pro quibus ante prætenderunt sibi contratam Tulmini obligatam fuisse. Non obstat, si dicatur hæc non esse præsuméda quod scilicet communitas iniuste restitutionem Patriarchæ negaret quia vnusquisque præsumitur iustus & bonus *l. merito. ff. pro socio.* Quia
34 hæc † præsumptio locum nó habet, cum de alterius præiudicio agitur, sicuti docet Glos. *in c. statutum. §. cum vero. in verbo, ab aliquo. de rescrip. in 6.* Felin. *in c. vlt. num. 11. de præsumpt.* Decius *in c. super literis. num. 2. de rescrip.* Alciatus *de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 2. num. 1.* Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 1. num. 19.*

Ad tertium argumentum quod attinet de pactis nouiter repertis inter Patriarcham, & communitatem, vt ex decretis communitatis anno 1407. Respondemus parum certæ firmitatis habere. Primo quia nobis non constat quæ & qualia fuerint pacta illa nouiter reperta, an continerent alienationem Tulmini contratæ in ipsam communitatem, vel alium contractum seu titulum. Secundo quia si alius contractus quam locationis illius dicti anni 1379. celebratus fuisset, non erat opus confirmationem petere dicti cótractus locationis prout eam petiuerunt anno 1402. vt ex actis nobis cóstat. Tertio non dicit decretum communitatis, fuisse noua pacta reperta inter Patriarcham Marquardum & communitatem, sed pacta inter Marquardum Patriarcham, & communitatem nouiter, & reperta & fortasse fuerunt pacta prioris locationis ann. 1379. in originali reperta quam antea non habuerunt nisi forte in aliquo exemplo, vt propterea Patriarcha Antonius Tulmini restitutionem postulauerit, dicens ficte, & fraudulenter confirmationem ab eo fuisse obtentam. Nec obstat silentium Patriarchæ post annum 1406. quia nobis non constat quare intercesserit, an propter bella postea cœpta cum Venetis, an ob alias causas: certe multæ causæ potuerunt contingere, præter illam causam quam Domini Consortes allegant, noui contractus inter ipsam communitatem, & Patriarcham facti, & ideo nouus contractus inde non probatur, secundum regulas vulgares. *l. non hoc. C. vnde legit. l. neque natales. C. de probat.*

Vltimum denique argumentum allatum ex eo quod Domini Consortes soluát 70. Marchas, non obstat, quia respondetur, non recte ex eis concludi aut inferri posse, alium nouum cótractum celebratum fuisse inter Patriarcham & communitaté. Primo quia non constat quam ob causam dictæ 70. marchæ soluuntur, & quando solui cœptæ sint. Secundo quia multæ aliæ causæ considerari possunt, ob quas soluantur, præter eam causam quæ allegatur, noui scilicet contractus secuti inter ipsam communitatem, & Patriarcham. Denique tanto magis alia causa præsumenda videtur quam allegati noui contractus, si verum est id quod Do. aduocatus fiscalis in vltimo scripto deducit, nimirum Dominos Consortes in scripturis productis contra deputatos Goriciæ 2. Februarii 1520. passos fuisse, quod 70. Marchas communitati Ciuitatensi antea soluerint. Hæc de secunda quæstione.

Quod attinet ad tertiam quæstionem, an Domini Consortes aliquod ius nacti fuerint siue titulum nouum ex fœdere Wormacési anni 1521. vel ex pace Veneta anni 1523. vel ex fœdere Bononiési anni 1529. vel denique ex laudo Tridentino anni 1535. quorum omnium copia ad nos transmissa est. Non putamus opus esse longa disputatione, quia ex verbis, & tenore dictorum instrumentorum apparet, nullum ius nouum Dominis Consortibus quæsitum fuisse, Ac, vt à fœdere Wormacensi incipiamus, inuenimus in instrumento ad nos transmisso, quantum ad negocium Tulmini duo contineri; primum, quod durantibus induciis belli, Illustriss. Dominium Venetum abstinere debeat ab aliquot locis, castris & in instrumento expressis, inter quæ Tulmini Arx continetur, & hoc nihil prorsus ad rem facit, nec aliqua ex parte Dominos Consortes iuuat.

Alterum est his verbis expressum, in instrumento, quod bona & reditus, actiones & iura cuiuscunque generis subditorum vtriusque dominii, saluis infra scriptis, deinceps possideantur per ipsos subditos tam laicos quam ecclesiasticos, tam nobiles Venetos quam communitates, & alterius cuiuscunque ordinis, gradus & conditionis fuerit, quiete, & pacifice, & prout per ipsos possidebantur ante occupationem, & turbationem ipsorum bonorum factam in proximo præsenti bello: præstando tamen ei domino sub cuius ditione res huiusmodi possidebantur ea omnia, quæ de iure & consuetudine, ratione talium bonorum coram Domino suisque officiariis præstare solent: amouendo prorsus omne impedimentum & molestum tam ipsorum Dominorum, & Principum, quam subditorum suorum illa-

illarum hinc inde in dictis bonis & iuribus priuatis; saluis tamen iuribus ipsis subditis competentibus, prout competebant ante occupationes vel turbationes inuicem factas, in ipsis bonis grauando, & obligando ipsos subditos sub pœna indignationis Dominorum & Principum suorum ac confiscationis bonorum quod debeant & parere præsentibus capitulationibus, &c.

His verbis nullum ius nouum attributum esse, & concessum Dominis consortibus reis conuentis animaduertimus, quoniam nihil aliud continent transactionis verba, quæ proxime retulimus, quam reseruationem quorumcumque iurium omnibus subditis factam, prout antea per ipsos possidebantur, sicut verba sunt clarissima. Ergo si ante bellum, & occupationes ac turbationes inuicem factas, domini consortes aliquod ius, actionem, titulum, possessionem in Tulmini arce, & contrata habuerunt, hæc omnia illis reseruantur integra, salua & illæsa: titulum vero nouum possessionis, & ius nouum in-
35 de non acquirunt, quia reseruatio † nullum ius nouum tribuit, sed antiquũ ius, quod quis habet, conseruat. *l. at si quis §. Plerique ff. de religio. & sumpt fun. l. 3. § 1. ff. qui b. mod. pign. vel hypoth. sol l. 3. §. pen. ff. de libere hom. exhib.* Crauetta *cons. 29. n. 8 & 144 n. 15. & 280 n. 3.* Ruinus *cons. 40. n. 7. & cons. 99. n. 10. lib. 1.* Socinus iunior *cons. 134. nu. 86. lib. 3.* Hinc dicere solemus re-
36 seruationem frustra † oppositam esse, cum nullum subest ius q̃ reseruari potest *leg. si quis §. si in venditione in fine. D. eo nnm. præd. l. si quis legauerit. de leg 1* & ibi notat Bartolus & Ias. & Crauetta respondit *cons. 15 n. 2. cons. 53. n. 10. cons. 70. n 6. cons. 226. n. 6.*

Quod attinet ad pacem Venetam 29. Iulii 1523. capitulũ sextum ad nos transmissum nihil plus tribuit Dominis consortibus, quam transactio Wormacensis, de qua proxime dictum est, sic enim in dicto sexto capitulo habetur.

Sexto conuenerunt quod restitutio locorũ, villarũ, possessionum, & aliorum bonorũ, quæ fieri debebat ex parte Cæs. Maiest. præfato Illustrissimo Domino & subditis suis, vigore capitulationis Wormacensis, vt in ipsa latius continetur, & non fuit facta in præsentiarum libere, & integre fieri debeat, tam a præfato Serenissimo Archiduce Austriæ, quã ab aliis quibuscumque nomine ipsius Cæs. Maiest. prout in dicta capitulatione continetur, & quemadmodum obtulerunt, & promiserunt præfati DD. Oratores Cæsarei: & vice versa idem Illust. Dux & Excell. Dominium promittit, in præsentiarum restituere, & restitui facere ex parte sua vigore dictæ capitulationis restituenda, &c.

Nihil apparet in hoc Instrumento, & capitulo ex quo nouus titulus & nouum ius Domini Consortes acquisiuerint, quia se refert ad capitulationem Wormacensem, & ideo nil amplius tribuit quam contineatur in ea *Auth. si quis in aliquo C. de eden.* cum aliis vulgaris quibus dicitur dispositionem, quæ ad
37 aliam † refert nihil amplius continere, quam illa contineat ad quam relatio habeatur *l. in testamento. ff. de cond & demonstrat. l. asse toto. ff. de hæred. instit.* Decius *consil. 47. col. 1. & cons. 63. n. 6.* Paris. *cons. 22. n. 10. lib. 1.*

Ex fœdere Boniensis 23. Decembris 1529. caput tertium in exemplo ad nos transmisso sic se habet. Hac conditione quod in termino vnius anni proxime futuri fiat restitutio locorũ quæ restitui debebant, si restituta non fuerint, prout conuentum est in 6. capitulo pacis d. anni 1523. &c.

Quæ verba nobis videntur nihil amplius continere quam in dicto sexto capitulo pacis Venetæ continetur, & proinde cum nullum nouum ius illud tribuat Dominis Consortibus, nec istud etiam tribuere videtur.

Ad laudum siue sententiam Tridentinam anno 1535. latam quod attinet, in illa hoc continetur in exemplo ad nos misso. Dominos Cõsortes Tulmini conseruandos esse in possessione iurisdictionis primæ instantiæ, in curia & villis ei subiectis, quæ alias ipsis restituta fuit, amouendaque esse omnia impedimenta, grauamina, per eos proposita tam contra Dominum Capitaneum Tulmini, quam contra Dominum Capitaneum Pletu, iuxta formam compositionis, & concordii inter ipsos Capitaneum & Consortes pendente præsenti iudicio secuti, eamq; compositionem omnino seruari & exequi debere, eosdem Consortes redintegrandos esse ad omnes Regalias Venationum, quas percipere soliti sunt ex contrata & flumine Idriæ &c.

Ex hac sententia non videmus vllum ius nouum Dominis Consortibus tributum esse, sed tantum eos conseruandos esse in possessione iurisdictionis primæ instantiæ: aliud autem est possessio, aliud ius ipsum, siue titulus & causa per quam aliquid possidetur; sicut nihil commune habere dicitur possessio cũ † proprietate, & cum Dominio ipsius Rei. 38
l. naturaliter §. nihil commune ff. de acqui. poss. & ideo sententia lata in possessorio, non præiudicat in petitorio, de quo nunc agitur: vt ex communi omnium sententia tradit Menoch. *de retinenda poss. ff. rem. 3. nu. 808.* nec suffragatur Dominis Consortibus in præsenti iudicio, quia non negatur eos possidere, sed quæstio est, an legitime possideant tanquam domini huius contratę Tulmini, an vero Dominium spectet ad Serenissimũ Dominum Archiducem, cuius nomine iudicium rei vendicationis institutum, & actio in rem proposita fuit, per quam Tulminum, & contrata eius cum iuribus ad eam spectantibus vendicatur, prout ex libello apparet.

Quare in hoc iudicio, illa defensio Reis conuentis suffragari non potest, quæ possessionem tangit, quia actor præsupponit, rem possideri à Rei cõuentis, ac proinde † illam sibi restitui petit, actioque ipsa in rem datur contra possessorem omnem, & 39
qui rei restituendæ facultatem habet. *l. officium. ff. de Rei vend. §. omnium. inst. de actio. cum simil.*

Sequitur quarta quæstio de Venetorũ decretis, & mandatis, an illa aliquod ius Dominis Consortibus attulerint. Primo Decretorum tenorem in exemplis ad nos missis expendemus: deinde videbimus, an possint dici sententiæ & res iudicata vel priuilegia, vel mandata, vel rescripta seu aliter nuncupari: denique an ex illis Domini Consortes se in præsenti iudicio defendere possint, aduersus Serenissimum D. Archiducem, & fiscum eius.

Extat igitur inprimis exemplum in actis ad nos transmissis, literarum Pasqualis Maripetro Ducis Venetorũ anno 1460. 27. Februarii, huius tenoris. Oratores Ciuitatis Austrię exposuisse, communitatem dictæ Ciuitatis Austriæ intellexisse, Hectorem Pasqualigum locum tenentem Patrię fori Iulii, ad instantiam gubernatorum introituum Veneti Ducis inquisiuisse, quo iure vel authoritate dicta Communitas possideret Castrum Tulmini, & ideo supplicasse, vt considerato quod ex singulari eorum ad nostrum Dominium affectione (sunt verba dictarum literarum) se adhęserunt, & grauissimis damnis & in-

& incommodis per eum passis, & quod tandem cõtenti fuerunt sub nostro Dominio esse, indubiè tenentes protegi & defendi, & perpetuo in eorum iurisdictionibus conseruari, & nedum ex eis sibi non diminui, sed potius bonificari & augeri: sed potissimum in hoc cum asserunt clarissime constare posse, eos dictum castrum nedum per viginti, triginta, vel quadraginta annos, sed centum & vltra possedisse: & propterea supplicabãt subueniri specialiter, cum constet literis nostris, nos alias statuisse, vt qui tempore Patriarchæ Antonii retro quicquam possederit molestari non possit. Nos vero, qui de hacre nullam habuimus notitiã, voluimus audire gubernatores supradictos, ac etiam illos quorum auctoritate & opinione dicti gubernatores asserebant, hanc materiam promouisse; qui asseruerunt, nihil aliud scripsisse, vel attentasse, quam vt intelligerent qua ratione dicta communitas Austriæ tenebat castrum prædictum; & omnibus plene consideratis, deliberauimus simul cum collegio nostro, & iniunximus dictis nostris gubernatoribus, ac etiam vobis mandamus expresse, vt hæc materia t[illegible] sopiatur, & nulla tenus moueatur, nec i[illegible] molestetur supra dicta communitas Austriæ occasione dicti castri Tulmini, sed omnino pacifice ipsius cum iuribus possessione gaudere permittat, omni contradictione cessante, sicut illud iam diu tenuit & de præsenti possidet; quoniam deliberauimus q; in ipsius libera possessione pmaneat, & cõseruetur.

Postea anno 1466. 9. Iunij literæ aliæ extant Christophori Mauri Ducis Venetiarum, ad locum tenentem Patriæ Fori Iulij, quibus continetur, decretum fuisse in consilio Rogatorum, & in consilio Decẽ, quod fideles Patriæ Fori Iulij possint de cętero molestari, vel inquietari per alios rectores, vel officiales, aut Syndicos Dominii Veneti, in bonis quæ tenebant tempore Patriarcharũ, sed maneãt in possessione omniũ eorũ, q̃ possidebant, quando sub dominio venerũt, vt ipsi possint gaudere suo. &c.

Quod attinet ad priores literas, vidimus ex iis, quæ adducuntur pro parte Dominorum Consortum, in eis fundamentũ poni, quasi rem iudicatam contineant, & ideo tutissimum præsidium se habere in illis contendunt, quandoquidem Serenissimus Dominus Archidux, qui successit in locum Dominorum Venetorum non possit plus iuris habere quam ipsi habuerint præsertim stantibus pactis, & conuentis in Wormacensi fœdere quibus dicti cõsortes restituti fuerunt ad illa iura, quæ ante bellum habuerunt, sed ante bellum dicti Consortes habebant rem sopitam, terminatam & decisam à Principe, quod non quæreretur de communitatis titulo nec qua ratione castrũ Tulmini possideret, & quod in futurum molestari non posset communitas occasione dicti castri Tulmini, sed possideat illud, & habeat omni contradictione cessante, ergo nõ possunt iam molestari & inquietari per ipsum fiscum, & agentes Serenissimi Domini Archiducis.

Hęc sententia confirmari potest ex eo, quod sen-
40 tentia, & res † iudicata nocet etiam successoribus in dignitate siue Ducatu *argum. c. cum inter de sent. & re iud. c. cum olim de præscript.* Oldrad. *cons.* 94. *nu.* 16. 17. *cum sequen.* Tiraquell. *de iure primogenitor. quæst.* 35. *n.* 17. Crauetta *cons.* 10. *nu.* 8. Boetius *decis.* 255. *col. pen.* vbi alios citat Menoch. *cons.* 503. *n.* 25 *lib.* 6.

Quod attinet ad alias literas siue ad legem Veneti senatus cuius ibi fit mentio, cum sit quædam constitutio specialis siue priuilegium in fauorem subditorũ Patriæ Fori Iulii *iuxta l.* 1. *ff. de constitut. prin.* videtur etiam à successoribus seruandam esse: quia successor obseruare debet conuenta & promissa
ab antecessore, licet antecessoris † heres non sit, sed 41
successor in dignitate & Ducatu. *argum l.* 1. *de probat.* & ibi notant Dec. Felinus *num.* 1. Ias. *cons.* 1. *lib.* 2 vbi respondit conuentiones Philippi Mariæ Ducis Mediolani cum oppido Burgi Franch. obseruari debuisse à successoribus in Ducatu illo. Ita & Socinus Iunior *in cons.* 60. *nu.* 29. *lib.* 3 & Perous *cons.* 138. *num* 9. *lib* 3. responderunt Ducem Ferrariæ, obseruare debuisse gesta, & contractus Ducis Antecessoris sui. Natta *in cons.* 122. *lib.* 1. vbi respondit Ducem Aurelianensem teneri obseruare contractus, & pacta à suis antecessoribus inita, idẽ de successore in dignitate Marchionali responderunt Natta *in cons* 636. *num.* 16. *lib* 3. & Ias. *in cons.* 10. *lib.* 3. Crauetta *cons.* 241. *n.* 17. vbi respondit etiam successores dignitatis electiuæ, sicuti Pontifex, Imperator vel Rex, obseruari teneri facta suorũ antecessorũ, & idem Crauet. *in cons.* 592. *n.* 9 R[illegible]nus *cons.* 46. *n.* 13 *lib.* 1. Parisius *cons.* 2. *nu.* 132. *l*[illegible]4. Rolandus *cons.* 1. *nu.* 42. *lib.* 2. Bursatus *cons.* 160. *nu.* 16 *lib* 2.

Et quod semel ordo † decreuit non oportere 42
rescindi, Diuus Adrianus Necomedientibus rescripsit *l. g. quod semel ff. de decretis ab ord. facien.* notant Iason. *in l. quod dixit. num.* 10. *ff. de re iud.* Alciatus *in cons.* 203 *num.* 3. vbi quod priuilegium reuocari non potest, nec ab eo Principe, qui concessit, nec à successoribus: quod enim Princeps decreuit, vel per Epistolã fieri mandauit, vel de plano interlocutus est, hanc legẽ esse constat *l.* 1. *ff. de const. prin.* & cõsequenter seruanda est, & de epistola transmissa per ducem Venetorum notat post Angelũ † quem citat Ias. *in d.* 43
leg 1. *nu.* 7. *ff. de const. prin.* & præsertim cum causa cognita aliquid decretum est, tunc enim id reuocari non potest. *leg* 3. *C. comminat. epist.* & quod sententia Principis habeat vim legis probatur *in leg. vlt. C. de legib.* Præclare S. Gregorius apud Gratianum Iustitiæ & rationis ordo suadet, vt qui à successoribus sua mandata seruari desiderant, decessoris sui procul dubio voluntatem, & statuta custodiant *c. iustitiæ* 259. *nu.* 1. *& in c.* 4. *eadem causa q.* 1. si ea destruerem, inquit, quæ antecessores nostri statuerunt non constructor sed euersor essem iuste comprobarer, idem habetur *in c. decessorum. ead. q. & in l. quacumq; C. de sacrosanct. eccles.*

Baldus eleganter scribit *in cons* 326. *lib.* 1. *num.* 5. 6. successorem in imperio non posse reuocare ea, quæ
antecessor concessit: quia vnum † est imperium vn- 44
de nõ debet contradicere sibi ipsi: idem scribit Roland. à Valle *in cons.* 1. *num.* 41. *libr.* 2. Hippolytus Riminald. *in cons.* 103 *nu.* 32 *lib.* 1.

Verum licet hæc speciosa videantur, & prima fronte multum Dominis Consortibus suffragari, eorumq; causam adiuuare: tamen si penitius inspiciantur, & ea, qua conuenit, diligentia & grauitate pensentur, nullo modo valent ad defensionẽ ipsorũ Dominorum Consortum: Nam in primis dispiciendum est de literis Ducis Mari Petro quarũ tenorẽ superius recensuimus, an sententiæ definitiuæ ac Rei iudicatæ nomen effectumque mereantur, & nobis non videtur nomen sententiæ effectumque mereri, quasi res iudicata fuerit, quia in primis non fuit, illud autem in forma alicuius iudicii, adhibita causæ cognitione, visis iuribus partium, & auditis earũ allegationibus, & ideo recte dicebat Cõstanti-
nus, quod magno cõflictu sententia † decerni solet, 45
id

id paucis literis temere descriptis definiri fas non est *leg. vlt. C. commun. epistolas, &c. idem probant leg. 2. §. 5. eod. tit.*

Deinde hoc potissimum nos ponderamus, quod communitas Austriæ misit legatos ad Principem, & Senatum Venetum, vt hæc causa sopiretur, & ipsi nō cogerentur edere titulum suæ possessionis Castri Tulmini, nec vlterius contra eos procedi posset, addacendo eam causam, quod secuti essent partes Venetorum & illis se subiecissent, ideo sperasse se non debere molestari: vt latius in dictis literis cōtinetur. Ex his enim non tantum apparet manifeste, non fuisse aliquod iudiciū institutū, in quo ex vtraq; parte iura producerentur, nempe ex parte fisci seu cameræ Venetorum, & ex parte ipsius communitatis; verum id actum, & petitum obtentumq; fuisse, vt nulla lis, nullum iudicium super hoc institueretur, verū sopiretur, & amplius ipsa non molestaretur communitas in possessione Castri Tulmini, prout re vera nullū animaduertimus iudicium institutum, nulla petitio, nulla litis cōtestatio apparet, nulla iurium allegatio, productio, examinatio reperitur, vt in iudiciis fieri solet, & debet. *leg. prolatam. C. de sentent. in rebus omnib. d. c. in causis. de sent. & re iud.*

Magnum itaque atq; euidentissimum discrimen nobis videtur esse inter eiusmodi decreta, & rem
46 iudicatam. Quanquam & si res iudicata esset in negocio publico vt in casu † non tamen restitutio propter instrumenta nouiter reperta concedenda esset. *leg. Imperatores. ff. de re iud.* sed hoc discutere non oportet, cum in terminis rei iudicatæ consultatio nostra non versetur.

Cum itaque literæ dicti Ducis Venetiarum non possint ad rem iudicatam trahi, & sententiæ vim obtinere: restat videndum, quantum authoritatis habeant & quomodo prodesse Dominis Consortibus possint, etiā nobis videtur nil prodesse posse de iure, quia obtentæ fuerint per sub- & obreptionem, falsis scilicet narratis & tacita veritate, quam si exposuissent Domino Duci Veneto & Collegio eius, aut nō impetrassent, aut certe difficilius impetrassent dictas literas: neq; enim Princeps Venetorum castrum sciuit pertinuisse ad Patriarcham, & consequenter ad ipsos Venetos, qui iure belli in Patriarchæ locum successerant, & neque sciuit intercessam eo modo, & occupatam fuisse possessionem à dicta communitate Austriæ dicti Castri Tulmini: & in terminis
47 Principis † suo rescripto confirmantis aliquem in possessione perperam occupata quod nullam tribuat authoritatem, est tex *in l. authoritatem: vnde vi. & in l. si qua loca C. de fundis, & salt. bus rei domin: ca. lib. 11* tradit late Curtius iunior *de feudis in 1. part. in 3. quæst. princip. sub titulo de feudis Laicorū* & ante eū Glos. *in d. l. si qua loca.* illu tex. notat contra eos qui occuparunt terras cuiusdam comitis Vgolini, & impetrarunt rescripta per obreptionem, & Curtius iunior refert Angelum *in dict. l. 1.* dicentem, notandā esse illam legem contra Ciuitates & Tyrannos occupantes terras vel castra aliquorū Comitū, vt non possint petere confirmationem à Papa, vel à Principe nec eas præscribere sub prætextu confirmationis spacio longissimi temporis Constat autem inter omnes literas & rescripta Principum mandataque omnia, & decreta ita vim
48 obtinere & exequēda esse, si preces † veritate nitantur & non fuerint per obreptionē & subreptionem obtenta *l. vniuersa. C. de diuersis rescript. l. & si legib. C. si contra ius. l. præscriptione. l. & si non cognito C. eod. c. 2. de rescript. C. sedes c. si quando. c. postulasti. eod. tit.* Andr. Geyll. *lib. 1. obser. 14.* Menoch. latissime *de arbitr. iudicum. casu 201. 202.*

Quod autem tacita veritate, & falsa narratione facta obtentæ fuerint memoratæ literæ, patet quia communitas Austriæ non exposuit D. Duci & Senatui Veneto originem, & causam suæ possessionis, quod videlicet Castrum Tulmini locationis titulo percepisset à Patriarcha Marquardo, anno 1379. Imo requisita ad dicendum, qua authoritate, & ratione dictum Castrum possedisset, malitiose id tacuit, & ne dicere cogeretur legatos misit ad Ducem Venetorum vt tota hæc res supprimeretur, & sopiretur. Vnde si sciuisset Venetiarum Dux, & Senatus ipse, quod non iure proprio, sed conductitio nomine possessum fuisset à communitate Castrum, non ita rescripsisset sicut rescripsit: tunc enim cognouisset dictum castrum ad se spectare, & iniuste possideri ab ipsa Austriæ communitate siue Consortibus prædictis, qui similiter ab ipsa communitate cōduxerunt. Nemo enim facile † præsumitur suum velle iactare. 49
leg. cum de indebito. ff. de probatio. Nec iuri suo renunciare velle illudque remittere. *l. si quis delegauerit.* & ibi notat Bart. *ff. de nouatio.* Decius *in l. postquam liti. C. de pactis.* Nec donare velle *l. eleganter §. qui reprobos ff. de pign. act. l. si cum autem. ff. de solutio.* latissime Menoch. *de A. I. iud. casu 82. n. 1.*

Falsitas vero narratorum per dictam communitatem Austriæ siue legatos eius, in hoc consistit, quod scilicet Castrum Tulmini siue eius iurisdictio ad ipsam communitatem spectaret, & ab ea non solum 30. & 40. annis, verum etiam centum, & vltra possessum fuisse: sic enim docent literę dicti Ducis illis verbis: Indubie tenentes protegi ac defendi, & perpetuo in eorum iurisdictionibus conseruari, & nedum ex eis sibi non diminui, sed potius bonificari, & augeri, sed potissimum in hoc cum asserant clarissime constare posse eos dictum Castrum nedum per 20. 30. vel 40. annos, sed centum & vltra possedisse.

At si verum est Communitatem conduxisse Castrum Tulmini titulo locationis aut accepisse, vt verum esse constat ex instrumento locationis dicti anni 1379. & confirmationis postea subsecutę anno 1402. falsum est, quod dicta iurisdictio siue castrum ad eam spectauerit: quia id quod † locatur remanet 50
in Dominio locatoris *leg. non solet ff. locat.* neque conductor sibi possidere debet, sed potius alteri nimirum ipsi locatori, vt docet tex *in leg. male agitur. C. de præscript. 30. vel 40. anno* ibi, *eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, vt ob hoc ipsum, solitam debeant præstare mercedem.* Porro illud mendacium nulla tergiuersatione celari potest, quod dicta Ciuitas Austriæ vltra centum annos Castrum Tulmini possedisset; cum anno 1379. illud acceperit à Patriarcha Marquardo, à quo tempore, vsque ad annum 1460. Cū hæc Duci Veneto narrarent lapsi erant 81. duntaxat anni, non autem centum & vltra, vt ipsa communitas per legatos exposuit.

Sed & præter istam exceptionem sub- & obreptionis illud etiam considerauimus ex dictis literis, nullum ius nouum tribui Dominis Consortibus vel Ciuitati Austriæ, à quo ipsi causam habent, sed castrum ei relinquitur vt illud ante tenuit, & possedit: sic enim habent verba dictarum literarum. Sed ante illud possedit ex titulo locationis, & conductionis, non autem iure proprio, ergo, & post dictas literas eodem iure possidere poterat, non autē nouo quodam iure & titulo: quemadmodum docti dicunt de confirmatione in forma communi, quod † nihil 51
noui

noui iuris tribuat, ſed quod erat confirmet in *rub. & text. in c. 1. de confirmat. vtili vel inutili.*

Illud autē non mouet, quod in dictis literis mandatum eſt, vt hæc materia totaliter ſopiatur, & nulla tenus moueatur, nec in futurum vlla tenus dicta communitas Auſtriæ occaſione dicti caſtri Tulmini moleſtetur, ſed omnino pacifica ipſius cum iuribus poſſeſſione gaudeat, omni contradictione ceſſante.

Quoniam ad hoc reſponderi poteſt tribus modis primo quod hoc decretum & mandatum non obligat nunc Sereniſſimum Archiducem, nec illum impedit quo minus caſtrum prędictum vindicare poſſit: nam D. Archidux non ſucceſſit Dominis Venetis ſub nomine eiuſdem dignitatis, quaſi videlicet ipſe ſit Dux Venetiarū: ſed ſub alio nomine, & ex alia cauſa, ciuitas Auſtriæ cum Tulmini Caſtro tranſiit in eius poteſtatem, nimirum iure belli, quo caſu non loquuntur nec locum habent, quæ dicuntur de ſucceſſore, quod teneatur obſeruare decretum per anteceſſorem † Principē, ſicuti poſt alios citat quos
52 declarat optime Tiberius Dec. *in conſ. 2. n. 121 libr. 2.*

Altera eſt reſponſio, quod ſemel conſtitutum eſt ab ordine reuocari poſſe ex iuſta cauſa, vt inquit tex
53 *in leg. quod iuſsit. ff. de re iud.* hæc eſt autē † in propoſito iuſta cauſa, quoniam nunc apparet ciuitatem Auſtriæ, & Conſortes in caſtrum Tulmini nullum ius habuiſſe, ſed illud ſibi vſurpaſſe ex titulo non idoneo ad translationem dominii, nimirum locationis & conductionis.

Tertia reſponſio eſt illud decretū & mandatum non tranſiuiſſe in aliquem contractum, nec ex cauſa emanaſſe hinc inde obligatoria, ſed merum eſſe priuilegium: quod conceſſum eſt Ciuitati Auſtriæ, vt de cætero moleſtari non poſſit occaſione dicti Caſtri Tulmini, quod ſane priuilegium potuit ab ipſo Principe, qui conceſſit etiam ſine cauſa auferri, quia priuilegium ſubditis ſuis conceſſum Princeps
54 auferre, & † reuocare poteſt omni ſuę voluntatis arbitrio: neq; enim ligatur ipſe Princeps ſuis legibus, vt non poſſit eas tollere. *l. Princeps ff. de legib* tradit Innoc. *in c. ex noſtra de iureiur.* Felin. *in c. nouit de iudiciis* & ibidem Dec. *n 15. verſ. ſecundus conclusio.* Alexander *in conſ. 216. nu. 16. lib 2.* Rota *conſ. 110 lib 5* Grammat. *deciſ. 46.* vbi late Socinus ſenior *in conſ. 156. n. 8 lib. 2. & 87. in 3. dubio lib. 3.* Curtius Iun. *conſ. 1. nu 34.* Andreas Geyll. *lib 2. obſeru 60. n 17* Peregrinus alios citans. *de iure & priuilegio fiſci. lib. 1. §. hactenus diſſ. ratimus nu. 19.*

Ergo multo magis ex cauſa iuſta reuocari poteſt, & præſertim à ſucceſſore ipſius Principis: non enim poteſt anteceſſor ſucceſſori præiudicare, cum † par
55 in parem non habeat Imperium. *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ff. de recept. arb c. innotuit. de electio. c. 2. de reb. eccle. non alienan* Grammaticus *dicta deciſ. 46. n. 5* & hæc de literis ipſius Ducis Venetiarum. Quod vero attinet ad decretum generale, cuius fit mentio tum in dictis literis, quā in aliis literis Ducis Venetiarū, nempe Chriſtophori Mauri anni 1466. nec vllum nouum ius Dominis Conſortibus tribuit, nec impedire nobis videtur, quo minus Caſtrum Tulmini, nunc à Sereniſſimo Archiduce vindicari poſſit, tum ob rationes iam dictas, tum ob hanc potiſſimum rationem, qui nihil aliud continent, niſi vt fideles compatriotæ non poſſint de cætero moleſtari vel inquietari per aliquos rectores, vel officiales aut Syndicos Dominii, in bonis, quę tenebant tempore Patriarcharum, ſed maneant in poſſeſſione omniū eorū, quæ poſſidebant quando ſub Dominio Veneto venerunt, vt ipſi poſſint gaudere ſuo, & eſſent murmurationes &c. vt in dictis literis.

His verbis hoc tantum conceditur, ad euitandas murmurationes & querelas ſubditorum, vt ipſi ſubditi non moleſtentur, nec impediantur gaudere, & frui rebus ſuis, quas tenebant, & poſſidebant tempore Patriarcharum: Fuiſſet enim valde iniquum, poſt finitum bellū, eos, qui in poteſtate Venetorū veniſſent, in ſuis bonis propriis moleſtari, & inquietari; à nouis Dominis, & Principibus Venetorum, & iſtud decretum Dominos Conſortes optime iuuaret, ſi caſtrum Tulmini ad eos pertinuiſſet, & iuſte, & legitime poſſediſſent. Huc enim pertinēt prædicta verba decreti, vt ſubditi gaudere poſſint ſuo; ſed cum illud titulo locationis acceperint à Patriarchis, non poteſt eis decretum ſuffragari, quod, vt iniuſtis poſſeſſoribus ſuffragetur conditum non eſt ſed iuſtis, & legitimis poſſeſſoribus, vt poſſint ſuis bonis gaudere, ſicut decreti verba loquuntur.

Quibus ita conſtitutis, non eſt difficile ad ea, quę ſuperius allata ſunt, reſpondere: etenim illa quidem vera ſunt, ſed ad hanc noſtram facti ſpeciem non recte accommodātur; Itaque dicimus, ſucceſſorem in dignitate & Principatu obſeruare debere facta, & promiſſa ab anteceſſore; ſed non vbi anteceſſori, obreptum fuit, qui non recte informatus de veritate rei aliquid conceſſit.

Item non procedere cum agitur de ſimplici priuilegio, quod nō tranſit in contractum, quia reuocari poteſt ad libitum concedentis, & multo magis ſucceſſoris eius.

Item non procedere vbi iuſta cauſa ſubeſt (veritate ſcilicet decreta & comperta) reuocādi ab anteceſſore decreta & conceſſa, vt in caſu noſtro.

Denique non habet locum in tali ſucceſſore qui non eiuſdem eſt nominis & dignitatis, ſed ex alia cauſa ſucceſſit iure belli, vt ſupra dictum eſt, & de quarta quæſtione hæc ſufficiant.

Reſtat vt diligenter diſcutiamus quintam, & vltimam quæſtionem, an videlicet exceptio præſcriptionis ducentorum annorum, obiecta per Dominos Conſortes aduerſus fiſcum actorem, illos tueri poſſit: & omnib. mature cōſideratis reſpondemus non poſſe illos tueri. Quam ſententiam vbi confirmauerimus, tum argumenta quæ pro conſortibus adferri poſſunt diluemus.

Fundamentum igitur illud nobis videtur firmū, quia ciuitas Auſtriæ caſtrum de quo agitur titulo locationis accepit à Patriarcha Marquardo, vt patet ex dictis in prima quæſtione, & illud ſublocauit Dominis Conſortib. vt patet ex inſtrumēto ſublocationis: ergo nec communitas dictæ ciuitatis Auſtriæ nec conſortes vſucapere potuerunt.

Probatur cōſequentia † iſta *ex l. male agitur. C. de præſcript. longiſſ. temp.* 30. *vel* 40. *anno.* vbi Valentinus 56
male agitur, inquiunt, *cum Dominis prædiorū ſi tanta precario poſsidentibus prærogatiua defertur, vt eos poſt 40. annorum ſpacia qualibet ratione decurſa, inquietare nō liceat. Cum lex Conſtantiniana iubeat ab iis poſſeſſoribus initium non requiri, qui ſibi potius, quam alteri poſſiderunt: eos autem poſſeſſores non conuenit appellari, qui ita tenent, vt ob hoc ipſum ſolitam debeant præſtare mercedem: Nemo igitur qui ad poſſeſsionē conductor accedit, diu alienas res tenendo ius ſibi proprietatis vſurpet: ne cogantur domini, aut amittere, qua locauerunt, aut cōductores vtiles ſibi fortaſsis excludere, aut annis omnib. ſuper dominio ſuo publice proteſtari.*

Ex hac lege manifeſte probatur, conductorem non poſſe rem conductam vſucapere, vllo etiam longiſſi-

longissimo tempore, etiam mille annis, inquit Balb. *praescrip. 4 parte 4. partis princip. quaest. 11. & in prima parte 6. partium. 51* cuius sententiae adstipulat tex. quem ipse non allegat *in l. cum nouissimi. § vltimo. C. de praescript. 30. vel 40. annorum.* ibi *nulla scilicet danda licentia ei qui iure emphiteutico &c. per 40. vel quoscumq, alios annos detinuerit, dicendi ex transacto tempore Dominium sibi in iisdem rebus quaesitum esse &c. vel conductori seu procuratori rerum alienarum dicenti, ex quocunq, temporum articulo non debere se Domino volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere eandē reddere.* Et ꝙ conductor praescribere non possit rem conductam, respondit etiam Socinus iunior *in cons. 63. n. 14. lib. 1.* Bursatus *cons. 23. num. 2.* Vincentius Carocius *de locatione, & conductione part. 3. tit. de praescriptionib.* cuius rei ratio est manifesta, quia conductor non possidet sibi sed Domino; & sine possessione, non procedit vsucapio. Et de iure Canonico quod seruari debet in hac materia res est
58 planissima quia † conductor est in mala fide cum sciat rem alienam esse *cap. si virgo. 34. quaest. 2.* & tradunt Bar. *in l. Celsus n. 18. ff. de vsucap.* Alex. *in l. Pomponius § cū quis. n. 2. ff. de acquir. poss.* ff Emilianus *cons. 223.* Menoch. *de arbitrio iud. casu 225. n. 8.* Cefalus *cons. 161. nu. 31. lib. 2. & 316. n. 18. lib. 3.*
59 Mala fides vero praescriptionē † impedit *c. vigilant. c. vlt. de praescrip. c. possessor malae fidei. de reg. iur. lib. 6.* etiam si temporis sit immemoriabilis: quia omnis praesumptio excluditur per dictos textus iuris canonici: & ideo si de mala fide cōstat, nullā praescriptionē currere, etiā temporis immemoriabilis docuerūt Gl. *in c. 1. vers. nisi de praescrip. lib. 6.* Alex. *ad l. cum aliquis C. de iure deliber.* Balbus *de praescrip. 2. parte 3. partis princ. quaest. 6.* Crau. *cons. 146* Afflict. *decis. 363. n. 10* Couar. *ad C. possessor malae fidei in 2 parte § 8 n. 4* Guido papae *cons. 91. num. 5.* Zasius *cons. 6. num. 2. lib. 2.* in terminis nostris Vincentius Carocius *loco proxime citato in 6. conclusione.*

Et hoc quantum attinet ad primos illos cōsortes, quib. castrum sublocatū fuit, in illis enim res indubitata est. Quod vero attinet ad successores ipsorū, idē respondendum nobis videtur, ex actis ad nos transmissis: etenim aut loquimur de successorib. dictorū consortium vniuersal b. id est, haeredibus eorum, aut de singularib. successorib. Si de hęredib. loquamur,
60 res est perspicua, ꝙ † nec ipsi praescribere potuerint, non solum ea ratione, quod haeres nō potest praescribere id ꝙ defunctus no potuit *l. cum haeres ff. de diuers. & tempor. praescrip. l. nec vsufructuariū. C. de vsufru.* & quia scilicet mala fides authoris noceat hęredi, etiamsi in bona fide sit, & nolit vti accessione temporis ex persona defuncti, cum teneatur exonerare cōscientiam defuncti, & vna, & eadē persona cū defuncto reputetur, & ex aliis rationib. Ex cōmuni sententia, cuius fidē facit Balb. *de praescr. 2. parte 3. partis principal. quaest. 12. post n. 12.* Ita etiam docuerunt Auth. Bart. & Panor. & Felin. *in c. si diligenti. de praescrip.* Imol. *in c. vlt. eod. tit.* Alexan. & Ias. *ad l. Pomponius § cū quis ff. de acquir. poss. ff.* idem Alex. *in cons. 84. lib. 7. & in cons. 89. & 213. lib. 2. & cons. 3. & 99. lib. 4.* Rom. *cons. 101.* Verum etiam hac ratione in proposito nostro, quia haeredes dicuntur castrum possedisse eodē modo quo priores consortes, nempe titulo conductionis *argu. tex. in l. cū in pluri. § Haeredem. ff. Haeredem colonum.* aut tex. *quamuis colonus nihil Dominus Domino possidere existimo.* Et ideo sicut
61 dominus est †, qui conduxit, pręscribere non potest etiam longissimo tempore, vt dictū est supra: quia non sibi possidet sed Domino: ita nec haeres eius. Ita docet Castrensis *in l. neq. C. de vsufruct.* vbi loquitur de hęrede fructuarii, & eius qui precario possedit, refert & sequitur Balbus *praescrip. 4. parte 4. partis princip. quaest. 11. n. 5. 6.* Cou. *ad c. 1. possessor malae fidei in 2. part. § 9. n. 2. de reg. iur. lib. 6.* & ratio est euidens, quia nemo potest sibi mutare causam possessionis *l. nemo. C. de acq. poss.* Ideo haeres non potest mutare causam possessionis, ex qua, & defunctus possedit & ipse possidere intelligitur, nulla noua causa superueniente. Aut loquimur de successoribus singularibus, qui scilicet non iustum titulum & bonam fidem habuerint: vt puta si primi cōsortes vel ipsorū haeredes qui eis successerunt, vendidissent castrū Tulmini aliis ignorantibus alienum esse, & existimantib. ad venditores ipsorū pertinere, & tunc dicimus necessarium fuisse vna cū hoc titulo iusto possessionē quadragennariā, ad pręscriptionē complendā: hoc in casu cū agatur de praescribenda iurisdictione castri, & mero, & iusto imperio aduersus Principem, in cuius territorio cast. ū situm est, & ideo contra possessorem, magna est praesumptio, neq; vlla praescriptio locum habet nisi 40. annorum cum titulo, & bona fide vel temporis immemorialis absque † titulo, ex dominorum Docto- 62
rum sententia *per tex. in c. 1. de praescriptionib. lib. 6.* & declarat Couar *in c. possessor malae fidei in 2. parte § 3. n. 3. de reg. iur. lib. 6.* quod autem in hoc castro successerint aliqui consortes, titulo singulari, iusto & legitimo cum bona fide, qui spacio 40. annorum possederint dictum castrum, vel spatio temporis immemorialis, absq; titulo, nobis certe non constat ex actis ad nos transmissis: & magna est coniectura in contrariū, ex eo quod an. 1460. ipsa Austriae Ciuitas legatos misit ad Venetorum Ducem conquestum de molestia sibi illata ab iis qui inquirebant quo titulo, & qua authoritate castrum illud possideret, ipsa autem per legatos suos exponi curauit se illud castrum possedisse vltra centum annos, vt patet ex literis Ducis Maripetro supra recitatis & cōsideratis in 4. quaestione. Ex his enim colligitur Ciuitatem Austriae, hoc est, ipsam cōmunitatem possedisse, non autem alios singulares possessores: Vtrum autē † postea transierit 63
ad singulares successores ex iusto & legitimo titulo, & possessum fuerit 40. años nō potest ex actis intelligi: quamobrē nec praesumi debet *l. nullo. C. de rei vin. l. diutina. C. de praescript. longi temp.* Alex *cons. 50. n. 7. lib. 5.* Dec. *cons. 442 n. 21.* late Balbus *de praescrip. nu. 2. parte 3. partis princi. quaestio.* Cefalus alios citans *cons. 116. n. 1. lib. 3.* & isti loquuntur quando constat de possessione nec volunt praesumendum esse titulum, nos autem loquimur quando nec de possessione constat, (nec enim, vt diximus, constat hoc castrum fuisse possessum per singulares successores) ergo multo minus in casu nostro pręsumendus erit titulus, sicut nec etiam à nobis praesumi potest; sed probari debet, cum ex facto pendeat & ipsa etiam serie facti vt notum est secundum regulas vulgares.

Cum igitur Domini Consortes non ostenderint se 40. annos possedisse castrum de quo agitur, tanquam singulares possessores, iusto titulo, & bona fide vel tempore immemoriali absq; titulo, non satis videntur se tueri posse exceptione praesumptionis: si enim velint vti accessione temporis primorum consortum, vel etiam eorum haeredum. Quibus castrum locatum fuit, non recte se defendunt, quia ipsi fuerunt in mala fide: quia possederunt castrum alieno nomine, nempe tanquam conductores: est autem iuris explorati malam fidem successori nocere in praescriptione, si vti velit accessione temporis ex persona authoris sui. *leg. Pomponius. §.*

cum qui ff. de acq. poss. Couar. alios citans *ad C. possessor mala fide: de reg iuru lib. 6. parte 2. relecto* §. 9 *nu.* 1.

Sicuti nolent accessione temporis ex persona authorum suorum, sed aliorum forte singularium possessorum, qui bonã fidem habuerunt, probare debent quadragenariã pręscriptionem, vt dictum est, cum titulo iusto, vel temporis imemorialis, quod nõ fuerunt in actis ad nos transmissis. Quibus ita cõstitutis nõ est opus de restitutione in integrũ discutere an aduersus pręscriptionẽ cõcedenda sit: neq; vtrum præscriptio tempore bellorum dormierit, necne: de quibus late disputatum est, in allegationibus, & responsis Dominorum Iurisconsultorũ ad nos transmissis, quia ex his apparet nullam esse legitimã præscriptionem probatam à Dominis Consortibus, quę hoc in iudicio sufficere possit.

Quanquam etsi 40. annorum præscriptio cum titulo, & bona fide probaretur, ex causa tamen probabilis, & iustæ ignorantiæ Serenissimo D. Archiduci in integrum restitutio competeret, ex communi Dd. sententia, quæ vsu recepta est, vt per Sfortiam Oddum, *de restitu. in integr. parte* 1. *quæst.* 90 *art.* 5.

Fundamentum autem Dominorum Consortum illud est potissimum; lapsos esse ducentos annos, & consequenter tempus immemoriale, ex quo Castrum Tulmini penes Dominos Consortes mansit: & tanti temporis præscriptionem habere vim tituli, priuilegii, constituti, legis, veritatis, & similium quæ passim apud interpretes obuia sunt: Respondemus in hoc facti specie constare de initio huius possessionis, nimirum quo titulo Castrum Tulmini ad communitatem Austriæ, & ad Dominos Consortes peruenerit: ex causa scilicet locationis à Patriarcha Marquardo factæ anno 1379. cum autem apparet de veritate tituli qui vitiosus sit, & nullus quantum ad Dominium transferendum, vel quantum ad vsucapionis conditionem, non est opus disputare de tem-
66 poris antiquitate, † quanti sit momẽti, & quid ex ea sit præsumendum, *arg. c. veritate & c. seq.* 3. *distinct.* & ideo Dd. tradunt non obstare præscriptionem etiam temporis immemorialis, quoties apparet de veritate rei, hoc est, de initio possessionis vitioso, & nullo, ex titulo scilicet malo, & non idoneo ad præscriptionem. Castren. *cons.* 423. *num.* 1. *lib* 2. Alexander *in cons.* 44. *lib.* 3. Curtius iunior *in cons* 60. *numer* 17. & 130. *numer.* 4. Crauetta *in cons.* 134. *numer.* 44. *vers.* 2. *respondeo. Et de antiq. temp. parte* 4. *sectione incipiente. Materia. ista. nume.* 345. *vers. his ita præmissis.* Panormitan. *cons.* 61. *numer.* 9 *lib.* 1. Couar. *ad reg. possess. mala fide parte* 2. §. 3. *nu.* 7. *ad finem. de reg. iur. lib.* 6. Alciatus *in cons.* 164. *nu.* 8. Menochius *de retinenda possess. remed* 3. *numer.* 639. & *melius de præsumptio. libr.* 3. *præsump.* 131 *num.* 7. 49. Antonius Gabrielius *lib.* 5. *commun. conclus. tit. de præscript. conclus.* 1. *nu* 53. Mascardus *de probationib. vol.* 3. *conclus.* 1371. *n.* 63. *cum plurib. sequentib.*

Et ideo cautela datur siue consilium, vt qui fundat se super præscriptione longissima & tanti tem-
67 poris † cuius memoria non extet, debeat cauere, ne alleget titulum; Nam si illum allegaret, demum appareret illum titulum ab initio iniustum fuisse, talis prætentio non prodesset; vt patet ex Parisio *cons.* 27. *num* 119. & 114. *num.* 10 & 101. *num.* 14. *lib.* 1. refert & sequitur alios citans Hartmannus Pistori. *lib.* 2. *quæst. feudal. parte posteriore, quæst.* 46. *nu.* 25. Hac cautela forsitan vti voluerunt Domini Consortes, cum titulum illum anno 1379. edere recusarunt, de quo iam constat, cum Domini Consortes licet non sponte illum ediderunt, vt colligi potest ex actis; Ideo cum ex illo titulo appareat, Castrum hoc locatum fuisse Dominis Consortibus, ex hoc recte colligitur eos præscribere non potuisse.

His igitur ita præmissis, non erit admodum difficile intelligere atque determinare, quid in præsenti causa statuendum sit, & quæ sententia proferenda. Hanc igitur consultationis nostræ partem breuiter absoluemus, & primum de re ipsa principali, hoc est, de castro Tulmini in libello petito, vna cũ ipsius vtilitatibus & emolumentis; Id est, vt nos interpretamur cum iuribus ad illud spectantibus & pertinentib. dicemus: deinde de fructib. verba faciemus.

Quod attinet ad primum; animaduertimus ex libello D. Aduocati Fiscalis, petitorium iudicium intentatum esse, & rei vindicationem, quia dictum est, castrum vna cum vtilitatib. & emolumentis ad Serenissimum D. Archiducẽ pertinere, & petitum est Dominos Consortes condemnari ad illud restituendum & relaxandũ, &c. hæc est enim libelli formula pragmaticorũ in actione reali, vt videre licet ex pract. Papiensi & aliis.

Ergo cum satis constet Dominos Consortes reos conuentos possidere castrum quo de agitur, videndum est, an Actor probauerit incumbentia, hoc est, Dominiũ dicti castri ad se pertinere; Et nobis videtur recte id probasse sic totã rem deducendo. Primo quod castrum illud spectauerit, & pertinuerit ad Patriarcham Aquileiæ. Deinde quod iure belli venerit in potestatem Venetorũ. Tertio quoniam ex Venetis iure similiter belli translatũ fuerit in Serenissimum D. Archiducem.

Primum quod asseritur in facto ita esse, non negatur, nempe dictum castrum ad Patriarchas Aquileiæ tanquam membrum seu partem Ducatus Fori Iulii pertinuisse, & satis sufficienter probatur ex ipsa rei euidentia; quoniã Patriarcha Marquardus illud & obligauit & locauit Ciuitati Austriæ, & in instrumento locationis asseritur, illud pertinere ad ipsum Ducatum Fori Iulii, & idcirco consultatum est & actum de eo vendendo, vel oppignotando, vel locando, adhibitis reo, & procerib. patriæ Fori Iulii.

Licet enim per instrumentum † locationis Dominium non probetur *l. ad probationem. C. de locato.* præ- 68
sertim quando agitur rei vindicatione, etiam contra ipsum conductorem, vt tradit ex communi sententia Curtius iunior *cons.* 158. *nu.* 6. & plurimi alii, quos commemorat Mascardus de probationibus *volum.* 1. *concl.* 541. *n.* 7 8 tamẽ ista locum habeat quando conductor id negat, & refricat Dominii quæstionem, quod non contingit in casu nostro.

Deinde in † antiquis in quib. certe nos versamur, 69
ex locatione Dominiũ probatur, respondit Socinus senior *cons.* 89. *n.* 16. *lib.* 1. & idem est quando concurrunt alia adminicula vt per Mascardum *loco proxime citat. nu.* 9 in præsenti autem adminicula multa concurrunt, si vera sunt, quæ adducuntur in scripto ad nos transmisso: quod inscribitur, Tria remedia ad recuperandum contratam Tulmini. in tertio remedio, in principio, & ibi deducta nõ scimus an fuerint in iudicio producta, sed certe consultũ foret ea producere, si producta non fuerint. Quod postea Tulminum transierit in potestatem Venetorum, id constat, tum ex pace inita inter Venetos & Patriarcham anno 1445. tum ex confessione ipsorum consortum qui maxime id deducunt, & allegant, imo ea in re fundamentum cõstituunt prætendentes se à Venetis tunc Dominis, ius acquisiuisse, sicut late supra deduximus in quarta quæstione.

Quod

Quod porro ex Venetis translatum fuerit Tulminum in potestatem Archiducis Serenissimi constat manifeste ex actis, præsertim vero ex fœdere Wormacensi, nec id negant Domini Consortes. Quare omnia videntur nobis satis probata, in quibus actoris intentio fundatur.

Iam vero Domini Consortes, excipiunt primò Tulminum fuisse venditum nō autē locatum communitati Ciuitatis Austriæ, & consequenter Dominium, quod erat penes Patriarcham in ciuitate Austriæ & per eam in consortes ipsos translatum fuisse.

Respondetur non fuisse venditū castrum, sed locatum dictæ communitati Austriæ, vt patet ex dictis in prima quæstione: ac proinde nec in ipsos Consortes Dominium transire potuisse, quibus castrum à communitate sublocatum fuit, cum illis pactis, modis, conditionibus, quæ fuerunt inter Patriarcham & ciuitatenses, sicut habetur in instrumento sublocationis, cuius exemplum in actis reperitur; licet enim in instrumentio simul etiam vēditionis, quasi venditum fuerit & locatū, tamen quia reuera non fuit celebrata venditio sed locatio, vt disseruimus in priore quæstione inter Patriarchā & cōmunitatem, nil prorsus officit illud verbum venditionis, quod in instrumento continetur, cum ipsum instrumentum se referat ad pacta, modos & conditiones quibus contractus celebratus est inter Patriarchā, & ciuitatem Austriæ, & ideo non aliter in ipsos consortes nec alio titulo castrum translatū sit, quam prius in dictā Austriæ ciuitatem fuisset à Patriarcha translatum, nempe locationis titulo.

Secundo obiiciunt Domini Consortes, aliū nouum titulum secutum fuisse, per quem iura omnia Tulmini in communitatem Austriæ translata fuere, & coniecturas aliquorum adducunt ex quibus id probare conantur.

Sed facile respondetur, nō fuisse probatum hunc nominatū titulum, & ius allegatum à Dominis Consortibus, sicut colligi potest ex his quæ nos supra in secunda quæstione disputauimus.

Tertio excipiunt de fœdere Wormacensi de pace Veneta, de fœdere Bononiēsi, & de sententia Tridentina, asserentes ex his titulū eumq; nouū & iustū tributum esse. Sed & hæc exceptio refutatur ex dictis in tertia quæstione, ex eis etenim apparet, nullū ius nouum ex causis allegatis proxime acquisitum fuisse & tributum Dominis Consortibus.

Quarto Domini Consortes excipiunt de re iudicata, ex Venetorum decretis & cōstitutionibus, quæ omnia nos superius expendimus, examinauimus in quarta quæstione, in qua ostendimus, nullū ius, nullamq; in eam causam ex decretis illis acquisitam fuisse Dominis Consortibus, per quam se tueri possint in hoc petitorio iudicio.

Quinto adferunt exceptionem præscriptionis, sed illam non legitime probant, & ideo neque ista exceptione tueri se possunt.

Quare his omnibus consideratis, venimus in hanc sententiam, Actorem recte intentionem suam probasse; Reos autem defecisse in probatione suarū exceptionum, & idcirco per sententiā definitiuam eosdem Reos condemnandos esse, ad restituendam dictam contratam Tulmini, cum suis iuribus & pertinentiis, siue emolumentis, & commoditatibus: sicut in libello Actoris petitum est. Quod attinet ad fructus hactenus perceptos, ita nobis videtur pronūciandum: Quod Domini Consortes cōdemnentur ad restituendos fructus perceptos extantes, ad con-
7 sumptos autem † nequaquam; nisi ex die litis contestatę in præsenti iudicio factę. Fundamentū nostrum hoc est, quia Domini Consortes rei conuenti præsumuntur fuisse in bona fide ante litem contestatam, quæ bona fide causatur etiam ex titulis & causis minus idoneis, & temerariis quo ad fructuum acquisitionem Mascard. *de probatio. col. 1. concl. 23. n. 3. & 28. n. 4.* & consequenter fructus cōsumptos suos fecerunt. *l. bona fidei. ff. de acquir. rerū domi. l. certū C. de rei vend. l. qui scit. §. vult. ff. de vsuris.* extantes autē restituere tenētur *d. l. certum.* Post litem autem contestatam perceptos etiam consumptos restituere tenentur, quia post litē contestatam omnes possessores dicuntur esse malæ fidei. *l. sed etsi lege. § si ante debitū. ff. de petiti. hæredi.* & ideo dicit tex. *in d. l. certum.* post litem contestatam vniuersos fructus restituendos esse. Itaq; Domini consortes condemnandi sunt ad restituendū dictum castrum, siue contratam Tulmini, cum omnibus fructibus perceptis extantib. & etiam consumptis, post litem contestatam perceptis. A fructibus autem consumptis sicuti & ab expensis præsentis iudicii absoluendi erant, saluo iure fisci eos repetendi ab hæredibus & successorib. eorum, quibus castrum locatum fuit, detractis scilicet legitimis sumptibus, & meliorationibus in castrum, & ratione castri factis.

Hæc ideo dicimus, quia quales sint isti possessores qui nunc cōsortes dicuntur, an scilicet hæredes eorū fuerint, nobis non constat. Illud scientes hæredis in vita defuncti succedentis quo ad fructuum restitutionem parem esse fortunam ex *l. 2. C. de fructib. & lit. expen.* & tradit Menoch. *de recup. possess. remed. 15. num. 617.*

A. Fachineus Ingolstadij nomine collegij.

Pro Serenissimo S. Duce A.

ARGVM. CONSILII II.

De tutoris officio. De sigilli abrasione. De potestate Principis late differitur, & de duobus inuestitis quis alteri præferatur.

SVMMARIA.

1 *Præsumitur pro nobilibus.*
2 *In tutore diuite & nobili cessat omnis sinistra suspicio.*
3 *Sigillum non est de substantia actus.*
4 *Sigillum vt probet quas debeat habere qualitates.*
5 *Principem facere non decet quod iure prohibetur.*
6 *Sigillum detrahere literis Imperialibus prohibitum est.*
7 *Tutorem decet omnia facere vtilia pupillo.*
8 *Sigilli abrasio argumentum falsitatis.*
9 *Sigillum habet vim subscriptionis.*
10 *Non licet sigillum abradere sicut neq; subscriptionem.*
11 *Vna præsumptio tollit aliam.*
12 *Sigillum censetur appositum illius mandato cuius est.*
13 *Sigillum quibus de causis soleat apponi.*
14 *Tutor potest præferre vtilitatem suam vtilitati pupilli.*
15 *Contrarium ibi.*
16 *Sed prior sententia approbatur.*
17 *Tutor licet alliceret testatorem vt sibi relinquat hæreditatem quam pupillo volebat relinquere.*
18 *Tutoris officium quale sit.*
19 *Tutor tenetur de eo quod pupillus non acquirit.*
20 *Tutori & prælato imputatur si neglexit aliquid acquirere ecclesiæ suæ, vel pupillo.*
21 *In dubium reuocatur quod dictū est posse tutorem allicere testatorem ad sibi relinquendum.*
22 *Disputare de Principis potestate non oportet.*
23 *Princeps potest ius quod ipse concessit sine causa auferre.*
24 *Princeps potest ex iustis causis auferre ius quæsitum.*
25 *Princeps rescribens motu proprio præsumitur iustam causam habuisse.*

 26. Clau-

26 *Clausula motus proprii tollit vitium subreptionis.*
27 *Clausula de plenitudine potestatis vis.*
28 *De eadem.*
29 *De eadem.*
30 *Princeps de plenitudine potestatis & ex certa scientia auferre potest ius quæsitum.*
31 *Clausula ex certa scientia quam habeat vim.*
32 *Princeps potest disponere contra ius positiuum.*
33 *Causa remunerationis est iusta causa.*
34 *Ius competens in spe facilius potest tolli.*
35 *Pactum de succedendo confirmatũ ab imperatore valet.*
36 *Expectatiua ad feudum nondum apertũ concedi potest.*
37 *De eodem.*
38 *Quod nostrũ est sine facto nostro nobis auferri nõ potest.*
39 *Princeps inuestire nõ potest in præiudicium vocatorum ex prioribus inuestituris.*
40 *Princeps mutare non potest tenorem inuestituræ.*
41 *Princeps feudum sine iusta causa reuocare non potest.*
42 *Iusta causa in Principe quando non sit præsumenda.*
43 *Prior concessio Principis præfertur posteriori.*
44 *De eodem.*
45 *De eodem articulo refert sententiam dissentientium.*
46 *Princeps nemini auferre potest ius suum sine causa.*
47 *Restitutio quando trahatur ad bona alienata.*
48 *Princeps an possit alicui auferre ius in specie quæsitum.*
49 *Rescriptum vitiatur ex surreptione.*
50 *Secunda concessio contraria primæ non valet.*
51 *Principem decet constantia.* (feratur.
52 *Quando posterior inuestitus cui res tradita est non præ-*
53 *Non licere disputare de potestate Principis quo modo*
54 *Princeps obedire debet rationi.* (procedat.
55 *Nec alteri debet facere iniuriam.*
56 *Princeps auferre non potest dominiũ iure ciuili quæsitũ.*
57 *Clausula motus proprii nõ operatur in præiudiciũ tertij.*
58 *Nil operatur quando fit ad partis petitionem.*
59 *Princeps etiam de plenitudine potestatis non potest au-*
60 *Et est communis.* (ferre ius.
61 *Et quando agitur de magno præiudicio.*
62 *Possessor bonæ fidei facit fructus suos.*
63 *Bona fides præsumitur.*
64 *Bona fides oritur ex titulo etiam putatiuo.*
65 *Et ex iniustis & temerariis causis.*
66 *Malæ fidei possessor fructus restituit.*
67 *Mala fides est rei alienæ scientia.*
68 *Prior inuestitus reuocat rem à secundo.* (habuit.
69 *In mala fide est qui titulum procurauit postquam rem*
70 *Idem probatur.* (ctuum.
71 *Titulus cui ius resistit non prodest ad acquisitionem fru-*

Christi redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

VISA facti specie nobis transmissa, & quæstionibus propositis diligẽter examinatis, recte ordineque nos facturos existimauimus, si ad singulas quæstiones sigillatim responderemus, argumentis in vtramq; partem allatis pro antiquo more de iure consulentium ac respondentium, & vt veritas magis elucescat. Quod igitur ad primam quæstionem attinet, illa sic se habet. Vtrum decuerit Electorẽ A. tutorem affectatum literas Imperatorias ex custodia pupillorum ita petere easque cassare, auferendo scilicet ex eis sigillũ Imperatoris. Respondendum prima facie videbatur, siue personam ipsius Electoris A. inspiceremus, siue rem ipsam, nempe sigilli detractionem, nihil proponi, cur præsumendum esse videretur eũ id fecisse, quod minime deceret, ac iure permissum non esset. Nam quod attinet ad personam eius, ille erat Princeps nobilissimus ac potẽtissimus, Romaniq; Imperii elector. Constat autem magnam
esse pro viris nobilibus † præsumptionem, vt inquit 1
Gl. *in c. illud 40. distinct. argumento l. vlt. ff. de fide instru.*
Crauetta *in cons. 6. nu. 28.* Tiraquell. *de nobilitate c. 20.*
n. 20. cum pluribus sequen. Iacobus Menoch. *de præsump.*
lib. 6 præsump. 59. Et in specie de tutore diuite ac nobili,
quod in eo cessare debeat omnis † sinistra suspicio 2
probat late Tiraquellus *loco proxime citato n. 40.* & Iacobus
Menoch. *in cons. 12 num. 7.* & alios citans Iosephus
Mascardus *de probationib. vol. 3. concl. 1391. nu. 14.*

Quod vero attinet ad rem ipsam, nempe ad sigilli detractionem, idem dicendum videbatur, si quidẽ constat sigillum non esse de substantia priuilegii, vel alterius dispositionis, sed ad probationem pertinere quæ quidem probatio in casu nostro non deficit, cũ priuilegium extare præsupponatur, cum subscriptionibus & aliis necessariis, excepto sigillo. Quod sigil-
lum † non sit de substantia, & ideo aliqua eius im- 3
perfectio actum non vitiet, scribunt Innoc. *in c. inter dilectos de fide instru.* Zasius *in cons. 2. nu 37 li. 1.* & Iacob. Menoch. eos referens *in cons. 1. n. 336. li. 1.*

Huc accedat quod vt sigillum probet, roburque scripturæ adiiciat, tria requiruntur, primo quod literis exprimatur cuius sit. Secundo à quo appositum fuerit. Tertio vt constet qua ex causa sit appositum: ita post Abbatem, Molineum & alios late tradit Iac. Menoch. *de arbitr. iud. casu 106.* Quo fit vt antequam
probentur eiusmodi qualitates non † possit sigilli 4
immutatio considerari, vti respondit Crauet. *in cons. 46. n. 4* In casu autem nostro hæc non fuere probata, ergo.

Verum istis non obstantibus, contrariam sententiam iuri magis consentaneam existimauimus, nempe Principem Electorem A minime decuisse ex literis imperatoris sigillũ auferre ac detrahere, prout nobis abstulisse ac detraxisse præsupponitur.

In hanc sententiã procliuiores fuimus argumentis sequentibus: & primo quidem ea ratione, quoniã de iure id prohibitum est. Nulli autem dubium est,
quin † minime deceat id fieri quod à lege prohibitũ 5
est. *l. digna vox. l. non dubium l. leges sacratissimæ C. de legib.*

Quod autem iure prohibitũ † sit sigilla ex literis 6
imperialib. detrahere & auferre: Probatur ex *l. 1. ff. ad leg. Cor. de falsis. & ex l. Paulus ff. eod. tit.* & ex his quæ notat Hippolytus Marsil. *in d. l. 1. nu. 4.* & ex traditis per Andream Siculum *in c. nonnulli. §. sunt & alii. nu. 13. de rescriptis.* quem refert & sequitur Iacob. Menoch. *de arbitr. iudi. casu 306 n 37.*

Secunda ratio est quia tutorem decet † omnia fa- 7
cere quæ ad pupilli vtilitatem spectant *l. tutoris. l. à tutorib. ff. de admi. tuto.* Quo etiam nomine satisdare debet *§. 1. instit. de satisd. tuto. l. 4. §. pertinet. ff. rem pup. saluam fore.* Imo ex Nouella Iustiniani 72. §. *fi.* iusiurandum subeunt tutores de vtilitate minorum procuranda. Sed auferre ex literis imperatoriis sigillum res est pupillis maxime perniciosa, & non modici præiudicii. Ergo tutorem A. minime decuit eiusmodi sigillum auferre.

Quod sigilli abrasio sit magni præiudicii ex eo 8
patet, quoniã instrumentum † ac priuilegium, cuius sigillũ est abrasum, magnã habet suspicionem falsitatis, vt probatur *in c. inter dilectos. de fide instru.* vbi Panor. id notat *in 6. col. vers. & ex hoc.* & ibidem Felyn. *n. 5. vers. Item corruptio sigilli.* Idẽ notat Imola ibi *n. 10.*

Tertia ratio est † quia sigillum habet vim subscri- 9
ptionis, & fidem facit maxime Principis, Decius *in c. post cessionem. num. 15. de probatio.* Romanus *in cons. 303.* Portius Imolensis *in cons. 95. n. 15.* Iacobus Menoch. *in cons.*

in cons. 1. n. 331. Hippolv. Riminal. *in cons. 23. n. 135. lib. 1.*

Ergo non licuit Electori A. tale sigillum detrahere, quemadmodum nec licet Principis ipsius sub-
10 scriptionem † atque adeo fidem ipsarum literarum & authoritatem violare ac infringere *vt in c. ad audientiam, & in c. fi. de crim. fals. & in l. 1. & in l. Paulus. ff. ad l. Cor. de falsis.*

Quibus sic stantibus non obstant argumenta in contrarium allata. Nam quod primo dicebatur magnam esse pro viris nobilibus præsumptionem, ac pro tutore diuite & nobili, verũ est, in dubio, secus autem dicendum est, vbi cõstiterit virum nobilem aut tutorem diuitem ac potentem id fecisse quod
11 minime decuit. Etenim † vna præsumptio tollit aliã. *l. D[illegible] de in integ. rest. leg. non solum. ff. de ritu nup.* late Menoch. *de præsumpt. lib. 1. q. 30. nu. 1.* & veritas semper præualet, illiq; omnia cedunt. *l. pen. § Mulier l. Imperat. § vlt. ff. de probatio.* late Menoch. *de præsumpt. lib. 1. q. 31.*

Sed in casu nostro manifeste constat Tutorem A. id fecisse, quod minime tutorem facere decuit, si quide nobis præsupponitur ex facto eum abstulisse seu detraxisse sigillum ex dictis literis imperatoriis quod non decuit, ergo cessat illa bona præsumptio quæ pro nobilitate allegabatur.

Quod vero dicebatur sigillum non esse de substantia literarum, nihil obstat, quoniã satis nobis est, illud ad fidem instrumenti & probationem pertinere. Neque enim tutorem decet ea facere, per quæ probationes iurium ac instrumentorum pupilli minuantur, aut pereant, cum eius officiũ sit vtilitatem pupilli procurare ac promouere, vt supra deduximus. Nec agitur hic de aliqua modica sigilli imperfectione, de qua Innocentius & sequaces in contrariũ allegati loquuntur, sed de abrasione & detractione in totum ipsius sigilli ex literis imperatoriis.

Denique non obstat id quod dicebatur sigilli immutationis ac detractionis rationẽ habendam non esse, antequam cõstet illud omnes qualitates habuisse, quæ de iure requiruntur vt sigillũ probet. Quoniam cum illud sigillũ adiectum literis fuerit imperatoris mandato, vt in Aula Cæsaris fieri consueuit, vti in facto præsupponimus, certe existimandum est, illud omnibus iis solennibus præditum fuisse, quæ ex stylo & ex iure adhibenda sunt.

Nam quod attinet ad primam qualitatem nempe constare oportere cuius sit sigillum, dicimus hoc in casu [illegible] constare, quod scilicet erat Imperatoris sigillum, vt ex facto præsupponitur.

Quod vero attinet ad secundam qualitatẽ, nempe constare oportere à quo fuerit appositũ, dicimus, id satis constare ex legis præsumptione. Nam cum sigillum [illegible] imperatoris, appositum † esse censetur
12 eius voluntate & mandato, sicuti scribunt Anton. Butrius *in c. tertio loco. in 2. notabili. de probat.* & ibidem Dec. *n. 2. &* late alios referens Iacob. Menochi. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 57.*

Tertium autem requisitum nempe vt constet quã ex causa sigillum fuerit appositum, tunc locum sibi vendicare potest, quando ex materia subiecta vel aliunde † non constat, quare sigillum fuerit adhibitũ,
13 vt [illegible] Innocen. *in c. 2. de fide instrum.* Nam vt ipse dicit sigillum multis de causis apponi solet. Aliquãdo in signum consensus. Aliquando in signum authoritatis. Aliquando in signum confirmationis. Aliquando in signum testimonii. Aliquando alias ob causas. Exprimenda est ergo causa, ne dubitari possit sigillantem ignorasse causam appositionis ipsius sigilli. [illegible] quando ex materia subiecta & natura rei ac stylo constat; qua de causa sigillũ fuerit appositum, alia expressione causæ opus nõ est vt declarat idem Inn. *in loco annotato.* refert & sequitur Iacob. Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 57. vers. cæterum vt prædixi.*

Sed in specie nostra satis constat qua de causa sigillum fuerit adiectum ex natura rei ac subiecta materia styloque cõmuni, nempe in signum consensus ipsius imperatoris, ad maius robur, ac testimonium tribuendum literis. Ergo, alia expressione causæ opus non fuit. Et tantum de prima quæstione.

Secunda quæstio est an decuerit dictum tutorem A. in quinque assibus Comitatus H. qui ad solos iuniores Principes S pupillos suos pertinebat, ita curare se ipsum inuestiri ac infeudari.

Respondendum prima facie videbatur id decuisse memoratum tutorem. Et si enim tutor procurare vtilia pupillo & inutilia prætermittere debeat, *secundum iura vulgatiss.* potest tamen suam † vtilitatem 14
præferre vtilitati ipsius pupilli, & si id faciat pupillo non tenetur *argum. l. videamus. ff. de in litẽ iurando.* Cyn. *in l. quicquid. C. arbitr. tutela.* Bartol. *ad l. tutor secundum dignitatem. § 1. ff. de admi. tuto.* Natta *in cons. 610. num. 5.*

Et licet Ludouicus Roman. *sing 705.* contrarium docuerint † & Romanum secutus Cassaneus *in Consuetudine Burgundiæ Rub. 6. § 4.* & eis adstipuletur Io- 15
docus Demahuderius *de tutore & curatore ca. 7. nu. 14.*

Tamen horum sententia reiicienda † esse vide- 16
batur: quandoquidem fundamentum habet *in d. leg. tutor secundum dignitatẽ § 1. ff. de admi. tuto.* vbi hoc nõ dicitur. Sed tantum hoc habetur, quod minime audiendus sit tutor, qui dicat se pupillarem pecuniam collocare non potuisse, eo quod nomina non inuenerit idonea, si suam collocauerit sed loquitur ille textus in eo casu quo certũ sit collocari potuisse tantum tutoris pecuniã: tunc enim tutor sibi potius quã pupillo suo prospicere debet, quia vt vulgo dicitur, prima charitas incipit à se ipso *l. præses C. de ser. & aqua.*

Huc pertinet quod traditum est licere tutori testatorem allicere † ad sibi hæreditatem relinquen- 17
dum, quam pupillo relinquere volebat sicut declarat Cyn. *in d. l. quicquid. C. arbitr. tutela.* Io. And. *in addit. ad Specul. tit. de iudiciis. § Generaliã. in add. incip. per totum præallegat. leg. quicquid.* Addentes ad Matthesilanum *sing. 44. nota quod ecclesia n. 14.* Borgni. Caualcan. *de tutore & curatore. n. 379.*

Verum istis non obstantibus contrariam sententiam iuri magis consentaneam existimauimus, nempe memoratum tutorem A. minime decuisse dictas quinque asses Comitatus sibi impetrare in præiudicium pupillorum Principum S. quorum tutelam administrabat.

Hanc vero sententiam amplexi fuimus ea inprimis ratione quod certi & explorati iuris sit tutoris officium † illud esse, vt suo pupillo vtilia procuret & 18
inutilia prætermittat. *l. de creationib. C. de episco. aud. l. sancimus. 2. § omnẽ. C. de admi. tuto. l. tutor. § à tutorib. ff. eod. § fi. in auth. vt nulli iudic.* Iodocus Demahuder. *copiose de tutore & curatore. cap. 7.*

Ergo non licuit ipsi tutori A. impetrare aliquid in præiudicium pupillorũ quorum tutelã gerebat: sed impetratio dictarum quinq; assium Comitatus vertitur in damnum & præiudiciũ pupillorum vt patet. Ergo minime tutorem A. decuit dictas quinq; asses dicti Comitatus impetrare.

Secundo non decet tutorem † id procurare, per quod 19
pupillus damnum sentiat, ius suum amittat, vel aliquid non acquirat. *l. quicquid C. arbitr. tut. l. tutori. C. de nego. gestis* Dec. *ad l. contract. n. 52. de reg. iur.* Iaco. Rim. *cons. 315. n. 21. lib. 2.*

 Sed

Sed procurare vt quinq; asses dicti Comitatus auferantur pupillis, & applicentur ipsi tutori A. procul-dubio est procurare vt pupilli ius suum amittant, ergo id facere tutorem nullo modo decuit.

Tertio facit quod traditum est, prælato ecclesiæ nec non tutori esse imputandum, quod neglexerit a-
20 liquid suæ † ecclesiæ vel pupillo acquirere, & maluerit sibi acquirere. Gl. *in c. quicunq; in ver. aut neglectu. 12. q. 4.* Gl. *in l. Pupillorũ. C. de adm. tuto.* Bar. *ad l. Titio. n. 5. ff. ad Municipal.* & facit tex. *in d. l. tutor secundũ dignitatem. § 1 ff de adm. tuto.* Ex hoc enim sequitur multo magis imputandum esse, si id quod iam pupillo est quæsitum tutor auferri procuret & sibi acquiri. Quibus sic stantib. nõ obstant argumenta in contrarium allata. Nam quod attinet ad primũ quod scilicet tutori liceat suã vtilitatẽ præferri vtilitati minoris, id non ita generaliter, vt verba sonãt accipiendũ est. Alioquin liceret tutori omnia pupilli bona in suã vertere vtilitatem, quod ab omni iure alienum est. Sed conclusio illa est intelligenda in illis terminis in quibus doctores loquuntur, nempe, vbi res minoris & res tutoris pariter periclitantur, nec saluari possunt res ipsius tutoris quin pereãt res pupilli, aut certe in casu simili tunc tutori licet suam vtilitatem præponere vtilitati pupilli. Sed iste non est casus noster, quia tutor A. etiam absq; illis quinq; assibus dicti Comitatus se suasque res ac dignitate satis tueri poterat. Quod vero dicebatur permissum esse tutori testatorem allicere, vt sibi hæreditatem relinquat, q̃ pupillo relinquere volebat, nec satis certum est, & quæstioni nostræ nõ recte accõmodatur. Quod non satis exploratũ sit ex eo patet quia præter authoritatẽ Lud. Rom. Chassanei & Deinahinderii, † qui cõtrariũ sentiunt & Gl. *in*
21 *l. Pupillor. C. de adm. tuto.* & eorum quos citat Io. An. *in add. ad Specul. loco in argu. citato*, nec non Gl. *in c. quicunq; 12. q. 4.* huic traditioni repugnare videntur verba *l. g. quicquid. C. arb. tutelæ.* quib. tutoris factum redarguitur, quo pupillus aliquid sui iuris amittit, vel aliquid non acquirit. Quæstioni vero nostræ perperam accõmodatur, quoniam hic non agitur de tutore impediente ne pupillus acquirat, & sibi potius acquirere procurante, sed de eo tutore, qui procurauit pupillo auferri quod iã concessum erat, & sibi dari ab imperatore, quod quidem nullo modo tutorem decuisse existimamus. Et de secunda quæstione hactenus.

Tertia quæstio est an nõ possit ita imunitatum inuestituræ instrumẽtũ iam à Principib. F. W. & L. fratrib. impugnari, Comitatumq; H. vigore priorum literarũ ac iurium sibi solis adscribere & vendicare.

Respondendũ prima facie videbatur dictum inuestituræ instrumentum impugnari non posse, præsupponitur enim ex facto A. Ducem S. quinq; asses dicti comitatus obtinuisse ab imperatore, de cuius voluntate, † cum constet de potestate non est dispu-
22 tandum *l. disputare. C. de crim. sacrilegij.* Dec. *in conf. 588. n. 1.* Soc. Iun. *in conf. 91. num. 6. & 68. n. 15. lib. 3.* Marc. Mant. *in conf. 191. n. 50. lib. 1.* Crauet. *in conf. 241. n. 3.* Cephalus *in conf. 87. n. 3. lib. 1. & alii passim.*

Secũdo si illud instrumẽtũ inuestituræ posset impugnari, id ea ratione esset: quoniã imperator nõ potu-
23 erit auferre † illos quinq; asses comitat' H. Principib. S. & electori A. dare, sed hoc dici nõ potest q̃ imperator potest illud ius q̃ ipse cõcessit ẽt sine causa auferre vt tradũt Angel. *in l. Lucius. ff. de euictio. & in l. Antiochensiũ ff de priuil. cred.* Curt. Iun. *in conf. 138. n. 4. & 157. n. 18.* [illegible] *in conf. 1. n. 50.* Fel. *in c. quæ in eccles. n. 48. de cõst.* Bellonus *in conf. 28. n. 9* & alii ab Anton. Gabrielio citati *d. lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæsito nõ tollen. cõcl. 1. n. 17.*

Sed Imperator cõcessit dictis Principib. S. illud ius Comitatus, nempe portionẽ illã, quę spectabat ad eũ Principẽ S. qui hostis imperii declaratus fuit, ergo illam partẽ auferre potuit eisdẽ, & A. electori cõferre.

Tertio cõstare videtur inter omnes, Principẽ posse iustis de causis auferre alicui ius quæsitũ ẽt † ex con- 24
tractu iurisgentiũ vt tradunt Abb. Dec. Fely. & cæteri canonistæ. *in c. quæ in eccles. de Const.* Ant. Gabriel. late recẽsens authoritates *lib. 3 cõmu. concl. tit. de iure quæsi. nõ tollendo. cõcl. 1. in prin.* Sed vbi Princeps motu ꝓprio aliq̃d rescribit ac decernit, p̃sumitur in eo iusta causa, ergo cũ in specie nostra motu ꝓprio & tanquã supremus tutor Principũ S. pupillorũ dictos quinq; asses Comitatus electori A. contulerit, p̃sumitur iusta causa id fecisse, & cõsequẽter instrumẽtũ inuestituræ impugnari non potest. Quod Princeps motu ꝓprio rescribens & aliquid decernens, p̃sumatur † iusta de 25
causa rescripsisse ac decreuisse tradunt Felyn. *in c. quæ in ecclesiarum n. 65. de const.* Lud. Rom. *in conf. 436. col. 2.* Dec. *in l. 3. n. 5 ff quod quisq; iuris.* Anto. Gabriel. alios citans *lib. 3 comm. concl. tit. de iure quæsito non tollen. concl. 3. n. 12. & lib. 6. tit. de clausulis concl. 2. n. 88.*

Quarto eadẽ clausula motus ꝓprii ẽt alio modo considerata, non parũ vrgere videbatur: siquidẽ illa reddit gratiã fauorabilẽ & eam extendit & ampliat, tollitq; † vitiũ subreptionis. *c. si motu proprio de præben.* 26
li. 6. Lud. Gozad. late *in conf. 8. n. 10.* Ant. Gab. alios copiose recẽsens *com. concl. li. 6. tit. de clausulis cõ. l. 2.* Et ideo hoc in casu aduersarii citatio nõ requiritur vt respõderũt Paris. *in conf. 5. n. 106. li. 4* Soc. Iu. *in conf. 91. n. 21. li. 3.*

Quinto in literis imperatoris dictos quinq; asses electori A. concedentis est clausula de plenitudine potestatis: cuius quidẽ clausulę tanta videtur esse vis & efficacia, vt per eã iuri alterius imperator præiudicare voluisse credatur, vti scribunt Angel. *in l. item si verberatũ. ff. de rei vend.* Ias. *in l. omnes col. 1. vers. sexto limita. C. si contra ius vel vtil. pub.* Crauet. *in conf. 241. num. 2.* Gratus *in conf. 9. n. 173. lib. 1.* Quod ꝓcedit † ẽt cum ex 27
cõtractu ius quæsitũ fuit, sicuti tradunt Castr. *in l. digna vox. C. de legib.* Bald. *in l. qui se patris. col. pen. C. vnde lib.* Crau. *in conf. 135. n. 5.* vbi alios cõmemorat. Quib. addi possunt Gozad. *in conf. 14. n. 11* Soc. Iun. *conf. 68. n. 17. lib. 3.* qui vno ore scribunt nihil cõtra Principis factũ obiici posse quando de plenitudine potestatis aliq̃d decernit, & necessariã non esse citationẽ aduersarii tradunt Bart. *in l. Gallus. §. & quid si tantũ nu. 15. ff. de lib. & posthu.* Bald. & Saly. *in l. nec causas C. de appella.* Natta *in conf. 638. n. 154 lib 3.* Et quod nihil † opponi possit 29
quando de plenitudine potestatis Princeps aliquid decernit, tradit Bald. *in procemio decretalium col. 4.* Dec. *in conf. 498 n. 27.* Quin imo etiã sine † causa Principẽ 30
posse alicui auferre ius suum cum ex certa scientia & de plenitudine potestatis rescribit scriptum reliquerunt p̃ter Angel. *in d. l. item si verberatũ. ff. de rei vend.* qui dicit eos qui contrarium dicunt mentiri, Dec. *in conf. 269. nu. 7.* & alii à Gabrielio citati, *d. lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæsito non tollen. concl. 5. non procul à principio.*

Sexto in eisdẽ literis est clausula ex certa scientia q̃ operatur † vt omnino seruari debeãt q̃ Principi placuerũt sicuti respõderunt Oldr. *in conf. 257. col. 3.* Bart. 31
in conf. 196. n. 2. li. 1. Grat. *conf. 9. n. 167. li. 1.* Nec in dubium reuocari posse ea q̃ ex certa sciẽtia Principis facta fuere, responderunt Paris. *in conf. 5. n. 122. lib. 4.* Nat. *in conf. 638. n. 159. lib. 3* Soc. Iun. *conf. 68. n. 12. lib. 3.* Rol. à Valle *in conf. 71. n. 48 lib. 2* & Dec. *in conf. 498. nu. 26.*

Septimo præsertim hæc locũ habere videbantur, cum in casu nostro imperator non fecerit contra ius naturale vel gentium, sed contra ius positiuum & humanum: nempe contra ius feudale quod ex humanis

hu[illegible]nis legibus originem habet. Potest enim Prin-
32 ceps † pro libitu disponere contra ius humanum & positiuum, vt responderunt Bald. *cons.* 214. *lib.* 2. Paul. Castr. *in cons.* 178. *col.* 1. *lib.* 1. Abbas *in cons.* 134. *col.* 5. *lib.* 1. Alex. *in cons.* 2. *n.* 14. *lib.* 1. Ias. *in cons.* 217. & 236. *lib.* 2. Dec. *in cons.* [illegible]8 *in fine.* & 252. & 498. *n.* 25. & 390. *n.* 13. & [illegible]4. *n.* 6. Curt. iun. *in cons.* 5. 158. *n.* 5. & 158. *n.* 15.

Octauo cũ ex causa remunerationis dictos quinque asses Comitatus Imperator cõcesserit A. Electori propter fidelissima eius seruitia & obsequia præstita
33 in expeditione Gottica, illa † satis iusta causa concessionis esse videbatur, ex traditis per Deci. *in consil.* 4[illegible]6. *nu.* 24. & 25. & 588. *n.* 14. & alios in eandem sententiam ab Antonio Gabrielio relatos *lib.* 3. *commun. concl.* [illegible] *de iure quæsito non tollendo. concl.* 1. *in fine.*

Nono cum nondum feudum esset apertũ eo tempore, quo Imperator dictos quinq; asses Electori A. concessit, nondum enim Comites H. defecerant, ius quæsitum non erat Principibus S. sed tantum nuda spes seu expectatiua in casum mortis absq; prole dictorum Comitum. Ius autem quod competit in spe
34 facilius † tolli potest & in aliũ transferri, vt respondit Rui. *in cons.* [illegible]7. *col.* 2. *lib.* 1. & alii à Gabriel. citati *comm. concl. lib.* 3. *tit. de iure quæsito non tollen. concl.* 1. *n.* 30.

[illegible] cum Elector A. possessionem dictorum quinq; assium Comitatus H. nactus fuerit, & sic non solum inuestituram, sed etiã possessionem habuerit [illegible] videbatur eum esse potiorem habendum quàm Principibus S. qui solam habent inuestituram [illegible]tem, & con[illegible] eos impugnare non posse dictam inuestiturae instrumentum, & feudum [illegible]care. Est enim recepta magis illorũ sententia [illegible] Ludou. Roman. tradiderũt ex duobus [illegible] posteriorem, qui possessionem nactus fuerit, esse potiorem, vt nouissime explicat Hartm. Pist. *lib.* 2. *quæst. iuru. parte posteriore. c.* 29. *n.* 16. Verum
[illegible] quæ proponi possent argumẽtis non [illegible] maturius discussis & perpensis contrariam [illegible] iuri & æquitati magis consentaneam [illegible]. Nempe ius competere Principibus F. W. & I. fratribus, dictum instrumentũ inuestituræ impugnandi & totum Comitatum H. vendicandi.

[illegible] autem sententiæ cõfirmatione præsupponimus in primis id quod in facto narratur, nempe anno 1[illegible]4 inter S. Principes & Comites H. initum
35 [illegible] cũ consensu † Electoris A. & aliorum [illegible] habẽtium, & quod etiam ab Imperatore C. [illegible] anno 15[illegible]5 vt deficiente prole dictorum Comitum H. in comitatu succederẽt dicti Principes S. & ipsi vice versa æs alienum, quo erat comitatus [illegible] soluerit, nempe 130470. & vltra florenorum, quod quidẽ pactum accedente præsertim Imperatoris confirmatione procul dubio valet, vt per And. Gayl. *lib.* 2. *obser.* 127. Item præsupponim⁹ quod [illegible] dictis Principibus S. hostis Imperii declaratus [illegible] illius portio ius & expectatiua ad Comitatum [illegible] sæpe dictum concessum fuisse W. Principi S. parenti F. W. & I. fratrum nostrorũ consulentium: & [illegible] ob merita ipsius W. & fidelissima seruitia [illegible] ipsi Imperat. in expeditione Gottica & hoc [illegible] & in optima forma. Præsupponimus
36 quoque dubium non esse quin eiusmodi † expectatiua ad feudum nondum apertũ conferri à Principe possit, ex c. [illegible] *mor. b. si de feu. lo fuerit contr. inter dom.* & [illegible] ex l. [illegible] traditis per And. Gail. *lib.* 2. *obs. obser.* 1[illegible]5. & [illegible] Hartm. Pistor. *lib.* 2. *quæst. iuru. parte poster. c.* 25.
Consequenter ex eiusmodi concessione Imperatoris
37 totum ius † quæsitum fuit W. Principi dictorũ Principum F. W. & I. & post eius mortem ipsis F. W. & I. fratribus ad Comitatum prædictum, vt nimirũ præter illam partem Comitatus quam ex pacto cum Comitibus inito vendicare poterãt deficiente linea dictorum Comitum, portionem etiam patrui sui consequi possint, ex inuestitura & concessione ab Imperatore facta W. ipsorum patri. *c.* 1. *d. his qui feudum dare possunt.* Itaq; iam illud in cõsultationem venit vtrum cum Imperator illud ius ademerit eisdẽ & in A. Electorem contulerit, quo ad quinq; asses, ipsi iam possunt eiusmodi inuestituram & concessionem in fauore Electoris A. factam impugnare & totum Comitatum vendicare. In hac igitur consultatione respondemus, impugnari posse dictam concessionem ac inuestituram triplici ex capite. Primo ex eo, quod Imperator non potuerit de iure etiamsi maxime voluerit eis adimere ius & expectatiuam iam cõcessam, & Electori A. conferre. Secundo ex eo, quod dicta concessio & inuestitura in fauorẽ Electoris A. facta subreptionis vitio laborare videatur. Tertio eã ob causam, quod cum A. Elector & simul tutor dictorũ S. Principum F. W. & I. sciret inuestiturã ante fuisse factam ab Imp. in fauorem Electoris W. eorum parentis nõ potuerit eã ipse impetrare, prout impetrauit. Quod igitur ex hoc primo capite inuestituræ instrumẽtum impugnari possit, quod scilicet Imp. iure non potuerit inuestituram iam factã reuocare & ius concessum W. Principi S. in A. Electorem transferre, probatur sequentibus argumentis. Primo quia secundum iuris regulas, id quod nostrũ est † sine facto nostro in aliũ 38
transferri non potest *l. id quod nostrum. ff. d. reg. iur. cum aliis concord. ibid.* à Philippo Decio, & Hieron. Cagnolo *allegatis* quę regula sumpta esse videtur ex iure diuino, quo præceptum est ne cuiquam iniuria fiat, *vt habetur in c.* 1. *distin.* 1. Secundo, *ex l. nec filio. iuncta l. præcedenti. ff. de natal. b. restit.* vbi ICtus loquens de Imperatore natalibus restituente libertũ, respõdit eum id facere non posse, nisi cõsentiente patrono vel filio eius; rationem addẽs quia ius patris, nempe legitima illi debita amittitur, & de filio verba faciẽs, quid. n. (inquit) interest ipsi patrono an filio ei⁹ fiat iniuria? ex quibus verbis patet ex sententia ICti Principem, qui alteri ius suum aufert, restituendo aliquem natalibus iniuriam facere, & propterea id ipsi permissum non esse. Tertio *ex l. Prædia. C. de locatione prædiorum ciuilium. lib.* 11. vbi clare dicit text. quod quando aliqua prædia iure perpetuo fuerũt alicui per Principẽ concessa, transferri ad alium non oportet. Aperte enim (inquit) definimus hoc edicto, vt à perpetuario nunquam possessio transferatur, etiamsi alteri eã Imperator vel exoratus, vel sponte donauerit, siue adnotatione siue pragmatica. Quarto, ex sententia communiter recepta quæ habet Principem nõ posse † in- 39
uestire filiam in præiudicium agnatorum, ad quos ex inuestituris peruentura est successio feudi, vt tradũt Iacob. de Beluis. And. de Isernia, Bald. Aluar. Præpositus, Afflict. Paul. Picus & alii *in c.* 1. *quemadm. olim feudum ad filiam pertineat.* quos refert & sequitur Hartm. Pistorius *lib.* 2. *quæst. iuru. part. posteriore.* [illegible]40. *n.* 32. Sicut ergo Princeps ius agnatorum in filiã transferre non potest, ita nec ius Principibus S. competens, in Electorem A. transferre potuit, cum sit eadem ratio, vt patet. Quinto ex alia communi sentẽtia Dd quæ habet: Principẽ immutare non posse tenorẽ inuestiturę inter ipsos inter eiusdẽ agnationis & familiæ. Si enim id non licet, multo minus licebit Principi auferre ius ad feudum vni concessum, & alteri concedere. Ita argumentatur Iacob. Menoch. *in cons.* 103. *n.* 57. *lib.* 1.

40 Quod autem Principi tenorem † inueſtituræ immutare non liceat, docuerunt Baldus *in l. vnica. colum. pen. C. quando non peten. partes, &c. & in c. 1. §. ſi vero. in fin. de ſucceſſ. fratr. vel grad. ſucce. in feud. & in conſil. 82. Proponitur quod inueſtitura lib. 1.* Caſtren. *conſil. 61. videtur dicendum. lib. 1.* Deci. *conſil. 185. num. 3.* Curt. iun. *conſ. 108. num. 18.* & alii quos refert & ſequitur Iacobus Menoch. *d. conſ. 103. num. 57. lib. 1.*

Sexto magis in ſpecie accedẽdo ad terminos quæſtionis noſtræ, ex clara & recta illa doctorum ſententia & concluſione, quod Princeps qui feudi conceſſionem fecit, non poſſit illam niſi iuſtis de cauſis reuocare. Cum enim Princeps eiuſmodi conceſſionem reuocare non poſſit, ſequitur in caſu noſtro, Principem non potuiſſe ius Comitatus auferre Principibus S. & illud Electori conferre, niſi de iuſta cauſa doceatur, quæ hoc in caſu non præſumitur, vt ſtatim probabimus.

41 Quod Princeps feudi † conceſſionem abſq; iuſta cauſa reuocare nõ poſſit, ꝓbatur *ex c. 1. de natura feudi. Natura feudi hac eſt* (inquit text.) *vt ſi Princeps inueſtierit Capitaneos ſuos de aliquo feudo, non poteſt eos deueſtire, ſine culpa, &c.* late hanc concluſionem probat Curt. iun. *in conſ. 1. num. 29.* vbi ex Martino Laudenſi *in d. c. 1. de natura feudi* ait, quod Imperator hodie non poſſit infeudare aliquam ciuitatem vel caſtrum Lombardiæ, quia idem Imperator iam infeudauit Ducem Mediolani de terris Lombardiæ, quem non poteſt deueſtire, niſi ex iuſta cauſa. refert etiam Baldum & alios idem affirmantes. idem reſpondit ipſemet Curt. iun. *in conſ. 42. num. 7.* Socin. iun *in conſ. 76. num. 13. lib. 1. & in conſ. 126. num. 17. lib. 3.* Crauet. *in conſ. 135. nu. 19. & 241. num. 6.* Alciatus *de præſumpt. reg. 3. præſump. 8. n. 5.* Menoch. *de præſumpt. lib. 2 præſumpt. 10. n 50.*

Et quod hoc in caſu iuſta cauſa non præſumatur ſed probari debeat, dubitari non poteſt; quia hæc eſt certa & communis Doctorum ſententia. quod ſi Princeps aliquid faciat ex iis, quæ ſine cauſa facere
42 non poteſt, iuſta † in eo cauſa non ſit præſumenda, ſed probari debeat: vt late tradunt Oldrad. *in conſil. 240. in quæſtione propoſita in 2. dubio.* Bald. *in c. quæ in eccleſiarum. num. 14 de conſtit. & in conſ. 316. Rex Romanorum. lib. 1.* Roman. *in conſ. 351. in fin.* Alciatus in propoſito noſtro *de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 8. num. 5.* & Menoch. copioſe alios recenſet hanc eſſe crebriorem ſententiam dicens, exemplumq; adferẽs hoc ipſum de conceſſione feudali *lib. 2. de præſumpt. c. 10. num. 52. & ſeqq.*

Septimo propius etiam accedendo ad rem noſtram, ex alia communi Doctorum ſententia, quæ habet, Principem, qui vni beneficium contulit, non poſſe illud auferre, & alteri dare, in tãtum, vt ſi duo-
43 bus feudi inueſtituram conceſſerit, prior † cui facta eſt conceſsio potior eſſe debeat, licet poſteriori tradita fuerit poſſeſsio: quia Princeps fidem ſeruare debet, habereque debet vnam linguam & vnum calamum, & ei conuenit dicere quod ſcripſi ſcripſi, & quæ proceſſerunt ex labiis meis non faciam irrita; prout in propoſito Doctores, qui hanc ſententiam ſunt ſecuti, eleganter diſputant: late Ludouicus Romanus *in conſil. 298 incipiente circa præmiſſam.* vbi plures canones & rationes adducit in hanc ſententiam, quem refert & ſequitur Zaſius *in epitome feudali part. 5. nu. 16* cuius verba hic adſcribenda putauimus. Quid autem (inquit) ſi Princeps Romanus duobus diuerſo tempore feudum concederet, & poſteriori primo traderet, an *l. quoties. C. de rei vend.* in iſta conceſsione locum habeat, ita quod poſterior cui facta ſit traditio ſit potior *per d. l. quoties.* Iacobinus de S. Georgio, *in verbo Princeps. §. 2. 52. ſpeciali.* Hanc quæſtionem late explicat inter alia allegando Ludouicum Romanum *in conſil. 298.* tenentem, quod prior ſit potior; tandem diſtinguendo concludit quod aut per viam contractus Princeps diſponit, & ſeruandam eſſe *l. quoties.* ex ſuo enim contractu dominium non transferri ſine traditione. *l. ſi ager. ff. de rei vendic.* Aut per modum gratiæ, & tunc Ludouici Romani opinionem diuerſam procedere. Ego in caſu noſtræ quæſtionis indiſtincte tenerem cum Ludouico Romano, quod quamuis poſteriori feudum ſit traditum, priorem tamen eſſe potiorem. Conſtat enim Principem contractibus ligari niſi in magnum principatus ſui detrimentum contraxiſſet. Baldus *in cap. 1. de feudi natura.* & voluit ipſemet Iacob. *in §. 2. præallegato. 51. ſpeciali,* qui allegat Albericum *in l. 1. ff. de offi. procur. Cæſar.* Denique ſi in ſacerdotiis, vel, cum vulgo loquar, in beneficiis eccleſiaſticis hoc ſeruatur, vt ſi vni beneficium concedatur, poſtea alteri, cui & traditio fiat, primum tamen præferri *c. tibi qui. de reſcrip. lib. 6 c. ſi tibi abſenti. de preben. eod. lib.* Ioan. Andr. *in c. qui prior. de reg. iur lib. 6.* Ita quod ex ſententia Innoc. Hoſtien. & Ioan. Andr. *in c. continebatur. de his quæ fiunt a prælatis ſine conſenſu Capituli,* dicta l. quoties in perſonis eccleſiaſticis locum non habeat: Certe in Principe paria dicere debemus, qui nihilominus quam eccleſia deceptionem cauere debebit, Cum in Principe nihil ſit fide præclarius, *vt in epiſtola inter claras. C. de ſumma Trinit. & fide catholica.* Hactenus Zaſius.

Eandem † ſententiam amplexi ſunt Angelus *in l.* 44
officium. ff. de rei vend. Alexan. *in conſil. 187. num. 22. lib. 2. & in conſil. 3. num. 7. lib. 5.* Abbas *in conſil. 94. col. fin. lib. 2.* Curtius ſen *in conſil. 48. col. 15.* Iaſon *in conſil. 27. num. 1. lib. 1* Deci. *in conſil. 689. num. 7.* Pariſ. *in conſil. 11. num. 58. lib. 1.* Gozadin. *in conſil. 14. nu. 13.* vbi teſtatur hanc ſententiam communiter receptam eſſe, alios recenſet Didacus Couuar. *lib. 2. variarum reſol. cap. 19. num. 3.* Fundamenta vero late recenſentur ab Iaſone *ad l. quoties. num. 5. cum pluribus ſequentib. C. de rei vendic.*

Octauo, ex alia communi Doctorum ſententia
quæ ſic diſtinguitur in † ea controuerſia, de duobus 45
à Principe inueſtitis, quis potior eſſe debeat, vtrum is, qui prius fuit inueſtitus, an vero ſecundo inueſtitus, qui poſſeſsionem nactus eſt: vt nimirum diſtinguendum ſit inter Principis priuilegium ſeu gratiam & contractum: Nam ſi ex contractu cum Principe celebrato vtraque procedat conceſsio, poſterior. cui traditio poſſeſsionis facta eſt, præferri debeat: quia etiam in contractibus Principum leges locũ habent, & conſequenter etiam *d. l. quoties. C. de rei vendic.* Si vero cõceſsio ex Principis gratia & beneficio procedat, ſecus ſtatuendum ſit, vt nimirum prior cui gratia facta eſt præferri debeat, *per text in c. ſi tibi abſenti. de præbendis. lib. 6.* Ita docuerunt Baldus *in c. 1. §. fi. de noua for. fideli.* And. de Iſer. & Martinus Laudenſis *in c. 1. quid ſit inueſtitura. & in cap. 1.* vbi etiam Afflict. *qui ſucceſſio. tenean. tit. 1.* Iaſon *in præludiis feudorum. num. 72. & in d. l. quoties. num. 30.* Doct. *in l. certi condictio. § fin. num. 7 ff. ſi certum pet* Iacob. *de feudis. verſ. ſed an Princeps. 52 ſpeciali. num. 17.* Carolus Molin. *ad conſ. Alexan. conſil. 3. num. 7. lib.* ... alii quos refert & ſequitur Couuar. *lib. 2. var. reſol. c. 19 num. 3.* ſed vtraque conceſsio dictæ expectatiuæ ex gratia Imperatoris proceſsit, non autem ex contractu cum Imperatore celebrato, ergo prior inueſtitus præferendus eſt

Nono probatur ex alia communi Doctorum ſen-
tentia, quæ generaliter docet Principem † auferre 46

non

non posse alicui ius suum, sine iusta causa: sicuti in hoc proposito scribunt innumeri fere Dd. quos citat Ant Gabr *lib. 3. commu. concl. tit. de iure quaesito non tollen. concl. 1. n. 1 vers. contrariũ tamen*. Et causa debet esse talis quae publicã vtilitatem respiciat principaliter, sicuti post Castren. Felin. & alios quos citat optime deducit Crauet. *in cons. 5. num. 4.* & post alios quos citat tradit Ant. Gabr. *d. tit. de iure quaesito non tollen. concl. 2. n. 5.* Exemplum esse potest quãdo Princeps, propter pacem habendi damnatum restituit ad sua bona, tunc enim
47 restitutio † trahitur etiã ad bona in alium trãslata, & sic in preiudiciũ alterius, quia publice interest pacem iniri & concordiam, vt late explicat Sfortia Oddus *de restit. in integrum. part. 2. q. 99. artic. 8.* Sed in casu nostro nulla fuit iusta causa auferẽdi ius suum Principibus S. & quae publicam vtilitatem principaliter respiceret.

Nam dato quod Elector A. obsequia fidelissima Imperatori praestitisset, in expeditione illa Gottica, aut in aliis, non tamen publica vtilitas id requirebat, vt Imperator auferret ius Comitatus iam cõcessum Principibus S. & illud ipsi Electori A. daret. Poterat enim in alia re illum remunerare. Nec propterea expeditio illa Gottica fuit secuta quod ius Comitatus Imper. Electori concesserit illud auferendu Principibus S. Praeterea etiam vbi iusta subest causa, Princeps tamen ius alicui auferre non potest, nisi data eidem digna compensatione, vt docet Bart. *in l fi. § 1. ff. de pig. actio.* & alii plurimi quos refert & sequitur Menoch. *d. cons. 103. num. 26. lib. 1* quibus adde citatos à Gabriele *commun. concl. tit. de iure quaesito non tollen. concl 2. n. 25.*

Decimo & vltimo probatur, ex alia communi Dd. sententia & distinctione, quae adhiberi solet in illa
48 quaestione an Princeps alicui possit † auferre ius in spe, seu ius ad rem, quod & ius quaerendum appellatur. Ita enim distingui solet, aut ius quaerendum seu ius in spe in totum pendet à futuro euentu, & incerto, nec causam vllam habet ex iure de praesenti, vt puta, cum quis sperat haereditatem & successionem ab intestato eius, qui viuit, & tale ius facile tolli potest. Aut vero ius in spe fundamentum habet ex causa de praesenti, puta ex promissione, ex concessione & inuestitura, & tunc quoniam spes dicitur probabilis *l. unde Neratius. § idem Iulianus. ff. ad leg. Aqu. l. l. spem. C. de donat.* Bart. *in l post emancipationem § fi. ff. de lib. legat.* tale ius à Principe tolli non potest, est enim ad instar iuris quaesiti, ita distinguit & distinctioné egregie probat Ludouic. Gomez *ad reg cancellariae reg. de non tollendo ius quaesitum. q. 4.* refert & sequitur pluribus authoritatibus & rationibus id confirmans Socin. iun *in cons. 95. n. 4 lib.* Cellus Hug *in cons. 26. n. 18. & n. 30* Hippol. Rimin. *in cons. 79. n. 37. lib. 1.* Hartman. Pistor *lib. 2. quaest. iuris part. posterior. quest 40. n. 44. 45.*

Sed in casu nostro spes consequendi Comitatum atque adeo ius competens ad Comitatum H. ipsis Principibus S. competens fundamentum habuit in causa de praesenti, nempe in gratia, concessione & inuestitura ab Imperatore concessa, vt ex facto constat, ergo spes dicebatur admodum probabilis & cuius talis nihilominus haberi debuit, quam si reipsa quaesitum fuisset ipsum ius Comitatus. Ergo illud ius Imperator ipsis auferre non potuit, ex praedictis.

Atque ex his planum fecimus impugnari posse instrumentum inuestiturae eo nomine, quod Imperator illud ius auferre nõ potuerit Principibus S. quod ex prima concessione & inuestitura eis competebat.

Iam vero sequitur, vt breuiter ostendamus etiam ex ea causa impugnari posse dictum inuestiturae in-
49 strumentum, quod scilicet per † subreptionem fuerit obtentum. Explorati enim iuris est Principis rescriptum vitiari & nihil operari, si per subreptionem fuerit obtentum: vti late probant Socin. sen. *consil. 13. col. 3. lib. 1.* Felin. *in c. ad audientiam. nu. 22. de rescrip.* Menoch. *de arbitr. iud casu 201. n. 2.*

Quod vero rescriptum seu inuestitura Imperatoris per subreptionem fuerit impetratum, probatur primo ex iuris praesumptione. Nam vbi Princeps alteri per rescriptum ius suum aufert, praesumitur fuisse circumuentus ac deceptus *c. cum olim de re iudicata*, ibi *contra pronunciationem suam contulit, sicut credimus, circumuentus.* quem text. ad hanc sententiam perpendit Ludo Roman *in cons. 298. circa praemissam. col. 1. ver. secundo eadem conclusio probatur.* Idem respondit Bald. *in cons. 327. Pridie etiã consu'us. lib. 1* vbi primo dicit quod quando Princeps etiam motu proprio reuocat illud quod obseruare tenetur fingitur circumuentus, ita quod contrarium probari non potest, quasi sit praesumptio iuris & de iure, quae probationẽ in contrariũ non admittit. & ita secundum Bald. ampliatur quod dicitur *in c. cũ olim. de re iud.* quod † secunda concessio contraria 50
primae non valeat, allegat tex. *in l. Praedia. C. de locatione praediorũ. ciuil lib. 11* quẽ tex. & nos supra citauimus & subdit Bald. *ibi*, quod in Principe tanquam in fonte iustitiae debet esse constans † voluntas & quod in Principes 51
conuenit illud verbum. Semel locutus est Deus: & quod scripsi scripsi: & quod Princeps debet habere vnum calamum & vnam linguã & non plures, quia scriptum est quae procésserunt de labiis meis nõ faciã irrita. Ideo debet esse immobilis sicut Lapis angularis, & sicut Polus in coelo. Refert & sequitur Philip. Deci. *in cons. 689. n. 16. 17.* Curt. iun. *in cons. 142 n. 7.* faciunt pro hac conclusione not. per And. Gail *lib. 2. obs. 58 n. 7. & seqq.*

Secundo probatur ipsa subreptio ex eo, quod Elector A Imperatori narrãdo ac suggerẽdo curauit aduersus W. Principẽ S. qui hãc & alias expectatiuas impetrauerat, nẽpe ipsum non praestitisse vlla seruitia ipsi Imperatori, nec fideliter se gessisse, id est, Es habe Hertzog W. Kay. May. niemalen gedienet/noch denselben sich getrew vnd gewertig erzeigt. Quae omnia verificari & probari non posse putamus, quinimo & W. fidelis. seruitia Imperatori praestitisse iuxta ipsius Imperat. attestationẽ, in literis inuestiturae, facile probari posse existimam', quare ex hoc capite merito corruit gratia ab A. Electore impetrata, in praeiudiciũ Principum S. quib. antea concessa fuerat expectatiua ad dictum Comitatum. Tertio impugnari potest dictum instrumẽtum inuestiturae ex eo quod Elector A. cum petiit & impetrauit dictos quinque asses Comitatus, non ignorabat illud ius antea ab eodẽ Imperat. concessum fuisse W. Principi S. Est. n. haec recepta Dd. sentẽtia, quod si is, qui † secundo loco inuestitus fuit 52
de feudo, sciret, alium ante se de eodẽ feudo iam inuestiturã impetrasse, hoc in casu, ne mala fides ei patrocinetur, priorẽ inuestitum potiorẽ esse debere, licet posterior feudi possessionẽ nactus fuerit, sed integrum esse illi qui primo inuestitus fuit rẽ ab ipso mala fide possessam reuocare, vt sensit Glos *in l. quoties. in verb. iure. C. de rei vend.* quã sequuntur ibi Alberic. Saly. & Ias. *n. 26.* & Glo. *in c. si tibi absenti. in verbo, non acquiras de praeb. lib 6.* Io. Lupus *in rub de donat. § 81. n. 11.* & multi alii quos refert & sequitur Didac. Couuar. *lib. 2 var. resol. 6. 19. n. 5.* & post eum Hartm. Pistor. *lib. 2 quaest. iuris. part. posterior. c 29. n. 28.* Quod autem Elector A. id non ignorauerit, ex facto manifestum est, quoniam procurauit illud ius auferri Principibus S. Imperatori narrando multa contra W. eorum patrem, vt ab eis animum Caesaris alienaret, vt supra etiã deduximus.

Quibus

Quibus ita se habentibus, non obstant argumenta in contrarium allata.

Ad primum igitur argumẽtum ita respondemus; Non licet disputare de potestate Principis in his, quę sunt iuris positiui, non autem vbi Princeps rescribit contra ius diuinum, seu naturale, vel gentium, & in
53 præiudicium † tertii, vt in casu nostro, ita declarat Crauetta *in tract. de antiq. temp. part. 1. in initio. num.* 38. Iacob. Menoch. *in consil.* 103. *num.* 67. *& de præsumpt. lib.* 2. *præsumpt.* 10. *num.* 56.

Atque vt de se dicebat Hartman. Pistor. *d. lib.* 2. *quæstionum iuris. parte posteriore. c.* 40. *nu.* 40. hic nunc partes Iurisconsultorum agimus, ad quorum officium pertinet iustitiam colere, & omnes actiones suas ad normam iustitiæ dirigere, non autem prouinciam suscipimus disputandi de potestate Principis. Nam Deus Principes veluti legatos & ministros suos mortalibus præfecit, vt Imperium ciuili & moderata potestate definiant & gubernent. Neque vero ipsi Deo placere potest, vt ea potestate ad aliorum iniuriam Principes abutantur, ex quo pie dixit Bart. *in l. fi. num.* 2. *C. si contra ius vel vtil. publ.* Principem habere iurisdictionem à Deo, Deum autem non dedisse ei iurisdictionem peccandi vel auferendi alienum indebite, quod dictum refert Paris. *cons.* 12. *n.* 206. *lib.* 2. & Bald. *in cons.* 327. *lib.* 1. *incip. pridie etiam consului.* eleganter scri-
54 ptum reliquit. Principem † etsi supremam habeat potestatem, obedire tamen debere rationi, & *in cons.* 19. *factum sic proponitur. lib.* 4. ait sicut supremam potestatem tenet Princeps, ita obseruare debet summam honestatem, & summam æquitatem. Neq; sane mirum, si enim à iustitia iustus dicitur, & Princeps esse iustus debet, vt nemo sanę mẽtis inficias ibit, necesse est omnino, vt in eo iustitia resideat. At cum iustitia vnicuiq; tribuat quod suum est: quomodo Princeps alteri ius suum auferret? nisi admittamus. Principem
55 iuste † iniuriam facere posse contra tam iuris quam naturalis æquitatis rationem, vt pluribus probat Fortunius Garzia *ad l. Gallus.* § *& quid si tantum. n.* 285. *ff. de lib. & posthu.* Zasius *ad l.* 2. *in ver. ratum esset ff de origine iuris.* Hæc & alia in hanc sententiam Pistorius loco proxime annotato.

Ad secundum argumentum respõdemus, negando illam propositionem esse veram in concessionibus feudalibus, de quibus agimus, quod nimirum Princeps possit illud ius quod ipse concessit pro suo libitu auferre. Nam si hoc esset verum etiam absque causa priuare posset feudo vasallum quem inuestiuit, quod est contra omnia iura feudalia, *vt in c.* 1. *de natura feudi, & aliis supra relatis in* 6. *argumento nostræ consultationis.* quicquid igitur sit in priuilegiis & aliis iuribus, in quibus non agitur de dominio auferendo, certum est ipsum dominium à Principe auferre non posse alicui, licet ipse eius acquisitionis fuerit causa:
56 quia licet modus illud acquirendi ex † iure ciuili sit, ipsum tamen dominium est de iure gentium, vti late disputant Crauetta *in cons.* 103. *n.* 3. Ruin. *consil.* 36. *n.* 16. *lib.* 1. Socin iun. *in consil.* 77. *num.* 124. *lib.* 1. Menoch. *d. consil.* 103. *n.* 68. *lib.* 1.

Ad tertium respondemus & ad quartum quod li-
57 cet clausula motus proprii multa operetur, non † potest tamen aliquid operari in pręiudicium tertii, quia si per clausulã de plenitudine potestatis non potest Imperat. alicui præiudicare, vt paulo post probabimus multo minus præiudicare poterit per clausulam motus proprii, *glos. in c. si Romana. de præben.* Hostien. & Anchar. *in c. causam. il* 2 *de testib.* Crauetta *cons.* 241. *col.* 9. *vers. secundo respondeo.* Socin. iun. *in cons.* 77. *num.* 104. *lib.* 1. Alciat. *respons.* 162. *num* 6. Socin. sen. *cons.* 115. *col.* 1. *lib.* 3. & alii quos in hanc sententiam Menoch. refert *in cons.* 103 *num.* 79. 80. 81. *lib....*

Secundo respondemus † dictam clausulam motu 58
proprio nihil operari. cum ad partis petitionem Princeps aliquid concedit, qua enim facilitate ad concedendas literas mouetur, eadem etiam mouetur ad inserendam dictam clausulam motus proprii, vti respondit Socin. iun. *in consil.* 77. *num.* 98. *lib.* 1 refert & sequitur Menoch. *d. consil.* 103. *n.* 82 *lib* 1. Quod autem ad instantiam & petitionem electoris A. Imperator illi concesserit dictos quinque asses certum est ex facto ad nos transmisso. Imo ipse elector A. qui antea idẽ obtinuerat quo magis sibi prospiceret, & ad maiorem cautelam procurauit, vt Imp. motu proprio & tanquam supremus tutor ei cõcederet dictos quinque asses Comitatus.

Tertio respondemus frustra hic deduci clausulam motus proprii ad præsumendam iustam causam in Principe: quoniã in claris non est opus cõiecturis; est autem clarum qua de causa motus fuerit Princeps, nempe ob ea quæ ipsi Cæsari narranda curauit, tum contra W. Principem S. tum pro se ipso, sua scilicet obsequia & merita proponendo & commemorando. Hæc autem causa in proposito non est iusta, vt ob eam Princeps auferre potuerit aliis ius quod concesserat. Quia vt supra fuse demonstrauimus, causa iusta esse dicitur in proposito, quæ publicam vtilitatem respicit principaliter, sed hæc causa, vt nimirum Elector A. dictos quinque asses Comitatus obtineat, & illi auferuntur Principibus S. propterea quod Elector fuerit Imperatori fidelis in expeditione Gottica, & alia fecerit ac præstiterit obsequia, non dicitur publicam vtilitatem principaliter respicere, sed priuatam ipsius Electoris, ergo non est in terminis nostris talis causa, qualis de iure requiritur.

Ad quintum de clausula ex plenitudine potestatis respondemus, maximam esse controuersiam inter Doctores, an per talem clausulam Imperator auferre possit ius tertii, longeque æquiorem & iustitiæ magis consentaneam eorum sententiam esse, qui dixerunt Principem etiam de † plenitudine po- 59
testatis, non posse ius alterius sine legitima causa auferre, vt notatur *in l. quoties. C. de precib. Imp offer.* Bartol. *in proœmio ff. col.* 1 *&* 3. *& in l. fin. C. si contra ius vel vtili. pub. & in l. item verberatum* § 1. *ff. de rei vendic.* Bald. *in l. fi. col. fi. C. senten. rescin. non posse. & in l. rescripta. C. de precib. Imp. off.* & ibi etiam Cyn. & alii *& in cons.* 327. *in* 1. *part.* Paul. Castrens. *ad l. Gallus.* §. *& quid si tantum.* & ibi late Fortunius Garzia *nu.* 285 *de lib. & posthum.* Alexan. *in l. cum heredes. col.* 2. *ff de acquir. poss.* Aretin. *in l.* 2. *col. fi ff. de testam.* Iason in *l. fi. in* 7. *lim. C si contra ius vel vtil. pub.* Anton. Butr. *in c. quæ in ecclesiarum. col.* 5. *de constit.* & ibi Innoc. & Io. Andr. & Abb. *num.* 11. & etiam Felin. *col.* 18. Alexan. *in consil.* 1 *num.* 1. *lib.* 2. *&* 87. *num.* 2. *lib.* 5. *&* 136. *num.* 12 *lib.* 1. *&* 3. *nu.* 12. *lib* 5. *&* 27. *num.* 2. *lib.* 7. Iason *cons.* 177. *num.* 2. *lib.* 2. *&* 86. *num.* 5. *lib.* 3. *&* 253. *num.* 2. *lib* 2. Deci. *in consil.* 543. *num.* 2. Ruin. *consil.* 4. *num.* 17. *&* 95. *num* 10. *lib.* 3. *&* 94. *in princ. lib.* 4. Paris. *consil.* 11. *n* 69. *lib.* 1. *&* 61. *nu.* 69. *eod. lib.* Marian. Socin. *cons.* 120. *nu.* 32. *lib.* 2. quos omnes citat Hartm. Pistor. *lib.* 2. *quæst. iuris. part. posterior. c.* 40. *nu.* 43. ex his perspicuam esse dicens sentẽtiam hãc præter quam quod melioribus rationibus est subnixa etiam † crebriori interpretum 60
calculo esse approbatam. Istis nos adiicimus Zas. *in cons.* 10. *lib.* 2. Crauet. *cons.* 5. *nu.* 4. *& seq. & cons.* 103. *n.* 3. Hippol. Rimin. *cons.* 79 *num.* 37. *lib.* 1. & Menoch. *cons.* 103. *n.* 68 *& nu.* 76. *lib.* 1. *& in cons.* 264. *n.* 79. *&* 80. *lib.* 3.

Ad sex-

Ad sextum argumétum, de clausula ex certa scientia respondemus, dato, quod illa contineretur vel clausula æquipollens, illam tamen nihil operari in præiudicium tertii ex veriore, æquiore, & communiore Doctorũ sententia, licet alioqui magni sit momenti & multa operetur, vt tradunt Doct. in argumento citati. Ita in concessione feudali facta ex certa
60 scientia † quod nihil operetur in detrimentum tertii responderunt Gozad. *in cons. 9. num. 42.* Socin. iun. *in cons. 2. num. 126. lib. 1.* Roland. à Valle *in cons. 7. num. 103. lib. 1.* Aretin. *consil. 5. num. 6* Curt. iun. *in consil. 142. num. 8.* P... *consil. 1. num. 84. & consil 11. num. 121. lib. 1.* G... *decis. 104. num 2* Zasius *cons. 10. num. 30. lib. 2.* Menoch. *in cons. 103. n. 83. lib. 1.*
61 Et præsertim cum agitur de magno præiudicio, vt in casu nostro, quemadmodum conciliando opiniones post alios declarat Ant. Gabr. *lib. 3 commu. sent. tit. de clausula. concl. 1. nu. 10* quem secutus est Menoch *lib. 1. de præsumpt. præsumpt. 9 cir. a finem.*

Ad septimum argumentum respondemus, negando Principem posse circa iura & concessiones feudales alicui suum ius auferre absque iusta causa: sunt enim iura apertissima & authoritates quam plurimæ, quas retulimus in 4. 5. & 6. argumento consultationis nostræ: & Doctores in argumento relati non loquuntur in iis terminis, sed cum agitur de iure mere positiuo nec alterius ius læditur, merito nihil obstat.

Ad octauum argumentum respondemus, quicquid aliqui dicerent in argumento relati, illam esse communiorem sententiam, quod iusta causa per quam possit Princeps ius suum alicui auferre, illa sit, quæ publicam vtilitatem principaliter concernit, vt supra deduximus late *in argumento nono huius consultationis nostræ.*

Et præterea non licet Principi ius auferre, etiam ex iusta causa, nisi digna recompensatione data, vt supra deduximus ex Bartolo & aliis, *in eodem nono argumento.*

Ad nonum argumentum respondemus licet ius quærendum facilius tolli possit, quando est in spe minus probabili ac prorsus incerta, quæ nullum de præsenti fundamentum & ius habeat ex pacto vel inuestitura, vel gratia, secus vero vbi fundamentum habet de præsenti, vt in casu nostro, sicuti late supra deduximus ex Ludouico Gomes. Socin. iun. Hartm. Pistorio Schwius, vt in decimo argumẽto nostræ conclusionis & consultationis videri potest.

Ad decimum denique argumentum, de duobus inuestitis quod potior is habeatur cui possessio tradita fuit, respondemus id non obstare in casu nostro tribus rationibus. Prima est ratio, quia illud non habet locum in duobus inuestitis à Principe, tunc enim semper prior est præferendus posteriori, licet posterior possessionem nactus fuerit, vt supra deduximus, ex communi Dd. sententia, *vt in septimo argumento.*

Et hic est noster casus quoniam ab eodem Imperatore inuestiti fuere Princeps W. & Elector A. vt in facto est certissimum: Ergo potior esse debet Princeps W. & ex eius persona Principes F. W. & I. quia prius inuestitura & gratia fuit ipsi Principi W. concessa, quam Electori A.

Secunda ratio est, quia vbi Princeps ex gratia, non autem ex contractu duobus inuestituram & gratiam fecit, prior semper est præferendus, vt supra diximus ex communi Dd. sententia, *vt in octauo argumento.*

Et hic etiam est casus noster, quoniam inter Imperatorem & sæpe dictos Principes nullus cõtractus celebratus fuit, sed ipse ex gratia ius Comitatus concessit, primo quidem Principi W. secundo vero Electori A. Prior igitur inuestitus est præferendus.

Tertia ratio est, quoniã ex duobus inuestitis semper prior est præferẽdus, quando posterior scientiam habuit prioris inuestituræ in alterum factæ, ne scilicet mala fides ei patrocinetur, sed potius obsit, vt superius deduximus *in tertio capite nostræ consultationis & conclusionis*, vbi etiam ostendimus Electorem A. scientiam habuisse dictæ prioris gratiæ ac inuestituræ in S. Principem W. collatæ, vnde merito præferendus esse videatur: & iam ex eius persona memorati Principes F. W. & I. quantumuis Elector A. possessionem dictorum quinq; assium Comitatus fuerit assecutus. Et de tertia quæstione hactenus.

Restat quarta quæstio à nobis discutienda, quæ sic se habet. Vtrum scilicet Electores S. fructus ex quinque assibus dicti Comitatus H. hactenus perceptos, lucrari potuerint, an vero iam vna cum Comitatu restituendi veniant.

In hac quæstione videbatur nobis prima fronte respondendum dictos Electores lucrari potuisse fructus dictorum quinque assium, nec restituendos esse dictis Principibus S.

Nam bonæ fidei † possessor fruct⁹, percipiẽdo eos, suos facit & lucratur *l. bona fides. ff. de acquir. rer. dom. l. qui scit. ff. de vsur.* late Arius Pinellus *ad l. 2. C. de rescin. vend. in 2 part. c. 4. num. 59.* Antonius Faber *lib. 4. coniecturar. iuris c. 17.* nouissime Hartman. Vulteius, *Scholasticarum disputationum c. vlt.* 62

Quod autem Electores fuerint in bona fide probari videbatur: primo, quia † fides præsumitur in possessore *Gloss. 1. inst. de vsucap. in princ. in c. si diligenti. in ver. bona fides. de præscrip.* Bart. *in l. Celsus. col. pen. ff. de vsucap.* Alex *in cons. 200. col. 2. lib. 2.* Deci. *in l. pactum quod bona fide sub n. 1. C. de pactis. & in cons. 375 n. 5.* Socin. sen. *cons. 38. nu 5. lib. 3.* Didac. Couuar. *ad reg. possessor malæ fidei. in 2. part. relect. §. 8. n. 2.* 63

Deinde quia Elector A. inuestituram habuit ab Imperatore tanquam à supremo tutore dictorum Principum S. tunc pupillorum, is autem dicitur in bona fide qui causam habet à tutore, *l. bonæ fidei. ff. de verb. signific.*

Tertio quia bona † fides oritur ex titulo etiam putatiuo, vt declarat Bart. *in l. Celsus. n. 17. ff. de vsucap.* Practi. Papien. *in forma responsionis rei conuenti. in ver. præscriptionis. num. 16.* Deci. *in cons. 266. in fi.* Ruin. *cons. 129. in fi. lib. 1.* Curt. iun. *in cons. 28. n. 1.* Ripa *in c. cum ecclesia. n. 98. de causa poss. & propriet.* 64

Quinimo oritur † ex iniustis & temerariis causis, vt post alios tradit Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 130. num. 3.* 65

Verum istis non obstantibus contrariam sententiam iuri magis consentaneã existimauimus. Nempe dictos Electores lucrari non potuisse fructus dictorum quinque assium Comitatus, sed eos esse restituendos Principibus S.

In hanc sententiã adducti sumus ex eo, quod malæ fidei † possessor fructus non lucratur, sed restituere eos tenetur *l. certum. C. de rei vendic. l. mala fide. C. de conditio ex lege.* Quod procedit etiã in possessore, qui efficitur malæ fidei, non considerata sua persona sed alterius cui succedit, sicuti scribunt Bart. *in l. ex diuerso. §. 1. n. 12. ff. de rei vend.* Abbas *in c. grauis. n. 10. & 16. de restit. spol.* & alii quos refert & sequitur Iacob. Menoch. *de recuper. possess. remed. 15. n. 617.* 66

Quod autem Electores supradicti fuerint in mala fide,

67 fide, probatur, quia † mala fides est rei alienæ scientia. *c. si virgo.* 34. *q.* 2. Bartol. *in l. Celsus. num.* 18. *ff. de vsucap* Abbas, Panor. *in consil.* 3. *q.* 14. *lib.* 2. Alex. *ad l. Pomponius.* §. *cum quis. num.* 2. *ff. de acquir. possess.* Paris. *cons.* 27. *n.* 123. *lib.* 1. & alii quos refert & sequitur Io. Cephal. *in cons.* 316. *n.* 17. *lib.* 3.

Quod autem Elector A. sciuerit Comitatum ad Principes S. pertinere dubium non est, quia ipse scientiam habuit pacti cum Comitibus H. initi, & gratiæ expectatiuæ ab Imperatore concessæ eorum parenti Principi W. imo procurauit illam ipsis auferri, vt supra fusius demonstrauimus.

Et quod is dicatur esse in mala fide, qui procurat se de feudo inuestiri, de quo sciebat prius alium inuestitum fuisse, dubium non est, ita enim Dd. omnes affirmant, ex eo inferentes, talem sic inuestitũ, priore non esse potiorem, sed priorem feudum vendicare posse, vt pulchre deducit Hartmanus Pistorius post alios quos citat *lib.* 3. *quæst. iuris. part. posterior. c.* 19. *n.* 28. Cuius verba hic adscribimus. Primo enim (inquit) dispositio *d. l. quoties*, locum non obtinet quando is qui secundo inuestitus fuit, sciuit alium ante se inuestituram de eodem feudo iam impetrasse. Hoc enim casu nec ipsi mala fides & fraus parrocinetur, priori
68 potior esse non debet, sed integrũ est † illi qui primo inuestitus fuit ré ab ipso mala fide possessam reuocare, vt sensit Glo. *in d. l. quoties. in ver. iure.* quam sequitur Alberic. Salyc. & Iason *ibi, num.* 26. & Gl. *in c. si tibi absenti. de preben. lib* 6. quam dicit singularem Io. Lupus *in rub. de donat.* §. 81. *num.* 11. idem notat Baldus *in rubr. C. de his qua fiunt in fraudem creditor.* Iason *in* §. *si quis in fraudem. num.* 116. *inst. de actio in l. fi. nu.* 28. *C. de sacrosanct. eccles.* Hippol. *in l. qui duobus. num.* 10. *de falsis.* Didacus Couuar. *in d. c.* 19. *n.* 5. *lib.* 2. Hactenus Pistorius.

Secundo mala fides probatur ex persona ipsius Electoris quam scilicet tunc gerebat Elector A. quia tutor erat dictorum Principum S. & nihilominus impetrare curauit quinque asses Comitatus, quos
69 non ignorabat ex priore concessione pertinere † ad dictos principes S. quod enim hæc tutorem non decuerint, superius fuse demonstrauimus *in* 2. *quæst.*

Tertio probatur ex modo quo vsus est Elector A. in impetrãdo dicto Comitatu. Nam is prius eosdem quinq; asses petierat, & impetrauerat & cũ videret se non posse illum tueri, procurauit, vt Imperator motu proprio & tãquam supremus tutor eosdem quinque asses ei concederet. Quemadmodum Doctores
70 tradunt de eo qui postquam † rem habuit titulum sibi procurauit, vt post alios declarat Menoch. *de Arbitr. iudi. casu* 225. *n.* 10.

Postremo probatur ex eo quod ipse Elector A. Imperatori narrauit, vt illos quinque asses impetraret, nempe contra ipsum Principem W. eius facta deprimendo, & ei detrahendo, qui quidem modus non est à iure probatus, & præsupponimus quoque probari non posse, quæ contra Principem W. exposuit Imperatori, vt supra late deduximus *in* 2. *capite nostræ consultationis.*

Non obstant in contrarium allata. Nam ad primum, quod bona fides præsumatur facile id concedimus in dubio, sed nos sumus in claris, cum ex iam deductis mala fides satis liquido probetur.

Ad secundum respondemus, titulum quidem ab Imperatore Electorem habuisse tanquam à tutore supremo sed modo non approbato de iure. Item per talia narrata quæ verificari nõ possunt Item contra ipsius tutoris officium, & quod præcipue ponderamus contra eius scientiam & conscientiam, cum scilicet non ignoraret prius quinque asses concessos fuisse W. Principi S. & eos pertinere ad memoratos Principes S quorum ipse tutelam gerebat.

Ad vltimum respondemus, id nõ procedere cum titulus est † talis cui ius resistit, vt in casu nostro vti 71
late habetur apud Cacheranum *decis. Pedem.* 160. *n.* 11. *vbi alios citat.*

Andr. Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Illustrib. Do. Fuggeris.

ARGVMENTVM CONSILII III.

De obligatione feudi, an si fiat sine consensu Domini, feudum amittatur? De diuisione. De transactione & reseruationibus factis in eis.

SVMMARIA.

1 *Feudum pignorans sine consensu domini illud amittit.*
2 *Pignus nuda conuentione constituitur.*
3 *Amittitur feudum oppignoratum sine domini consensu licet non fuerit secure traditum.*
4 *Autores huius sententiæ.*
5 *Contra ibi.*
6 *Et ibidem.*
7 *Verba legis cum effectu sunt accipienda.*
8 *Per traditionem transfertur dominium.*
9 *Si feudum oppignoretur vel alienetur sine licentia domini & traditio fiat amittitur.*
10 *Diuisio erronea reuocatur.*
11 *Diuisio perperam facta ad æqualitatem reducitur.*
12 *Diuisio est quædam transactio.*
13 *Ignorans non dicitur renunciare iuri suo.*
14 *Error in diuisione non nocet.*
15 *Error potius præsumendus est quam donatio.*
16 *Diuisio facta inter fratres in qua vni obueniant iura feudalia non impedit quo minus eo deficiente alteri ius competat.*
17 *Verba sunt intelligenda rebus sic stantibus.*
18 *Remittentibus iura sua non datur regressus.*
19 *Verba generalia generaliter accipienda.*
20 *Per diuisionem quando censeatur renunciatum fideicommisso.*
21 *Verbis generalibus renunciatum censetur etiam iuri caducitatis.*
22 *Et fideicommisso futuro.*
23 *Error non præsumitur.*
24 *Expressum dicitur quod ex vi verborum colligitur.*
25 *De eodem.*
26 *Transactio super feudo valet.*
27 *Principalis potest transigere in præiudicium alterius.*
28 *Actio in rem cui detur & contra quem.*
29 *Transactio inter alios facta aliis non nocet.*
30 *Frater transigendo non præiudicat fratri.*
31 *Dominus & vasallus transigere super feudo non possunt in præiudicium aliorum.*
32 *Negatiua probatur ex inspectione scripturæ.*
33 *Renunciatio est stricti iuris, nec in ea veniunt non expressa.*
34 *Petitio incerta quando admittatur.*

Christi redemptoris nostri auxilio humiliter implorato.

PLures facti quæstiones discutiendæ nobis proponuntur, quibus ordine respondebimus, & earum prima

prima est, vtrum Vasallus sine consensu domini obligans alicui extraneo feudum feloniam committere dicatur, adeo vt feudo ipso priuandus sit. Respondendum nobis prima face videbatur priuandum esse, authoritate textus *in c. Imperialem. de probi. feudi alienatione per Fridericum*, vbi Imperator Fridericus hanc legem constituit, vt nulli liceat feudum to-
1 tum vel partem † aliquã vendere vel pignorare, vel quocunque modo distrahere sine consensu Domini illa pœna adiecta, vt contra eam constitutionem veniens, feudum amittat, & ad dominum libere reuertatur, vt patet ex eodem cap. *in §. Callidis.*

Secundo authoritate tex. *in c. 1. iuncto §. item si quis feudum ...* ex causis feudum amittatur. vbi causæ recésentur, ob quas vasallus feudo priuatur & inter alias hæc etiam, nempe cum quis feudum libellario nomine absque consensu domini sui, pignori obligauerit.

Et licet interpretes nonnulli id non ita simpliciter accipiendum censuerint, sed ita demum locum habere dixerint, cum secuta est traditio ipsius feudi. Tamen hęc sentẽtia nullo iure ꝓbari videtur, nulla-
2 que ratione firmari. Nam pignus † nuda conuentione constituitur nec ad illud constituendum necessaria est traditio rei. *vt in leg. 1 ff de pigno. actio.* Vn-
3 de cum † lex prohibeat feudi oppignorationem seu obligationem sub priuationis pœna, locum sibi vendicare debet, etiam vbi traditio feudi non est facta, quia sufficit pignoratio contra legis prohibitionem, quæ quidem traditionem rei pignoratæ non requirit, sed consensum nudum.

Confirmatur hæc sententia authoritate eorum, qui responderunt vasallum qui feudum vel rem emphyteuticam vendidit, absq; consensu domini pri-
4 uandum esse feudo, licet non fuerit traditum † empto. i. ita Io. Imole. *in c. potuit. n. 49. de locato.* & ibidem Andreas Siculus *col. 3. vers. sed quid si non tradidit.* Guido Papæ *in cons 147. nu. 7. vers. sed restat videre.* & quidam alii quos commemorat Andreas Tiraquell. *de retract. consang. §. 1. Gl. 2. num. 44.* quibus addi potest Roland. à Valle *in c. 2. cons. 51. n. 18. 19. lib 2.* vbi rationẽ adfert, quia videlicet ipsa constitutio feudalis venditionem prohibens, nullum verbum de traditione facit. Quod si voluisset priuationem non induci nisi secuta traditione, verisimiliter hoc expressisset *arg. c. audientiam. de decimis.* Vnde cum nõ expresserit, standum est dispositioni iuris: nec nostrum est legem extendere *argum. l. si vero. § de viro. ff. sol. matr.*

Verum his & similibus quæ adferri possunt non obstantibus contrariam sententiam iuri & æquitati magis consentaneam existimauimus, nempe vasallum feudo priuandum non esse, ex eo solo, quod absq; consensu Domini illud obligauerit seu pignorauerit, nisi etiã traditio fuerit secuta; ita vt propter huiusmodi pignorationem & hypothecã, is, cui feudum oppignoratum est ac obligatum, in eius possessionem missus fuerit.

In hanc autem sententiam adducti fuimus ex eo, quod hæc sit omnium doctorum receptissima sententia, & interpretatio, rationi etiam & iuri maxime consentanea, vt probabimus. Etsi enim lex feudalis prohibeat feudum absque consensu domini vendi extraneo, vel oppignorari, eam tamen interpretationem ex communi doctorum sententia recipit, vt procedat & locũ habeat, quando post venditionem seu pignorationem factam tradita est etiam possessio feudi emptori, vel creditori, alioqui
5 sequatur de † simplici venditione vel pignoratione, nulla traditione vel in possessionem immissione secuta, feudum non amittitur. Et quidem in venditione feudi absque consensu domini facta, quod ob eam vasallus feudo non sit priuandus, nisi traditio facta sit, docuerunt Andreas de Isernia, Bald. Martin. Laudensis & Cardinal. Alexand. *in c. imperialem §. callidis. de prob bita feudi alienatione per Fridericum.* Idem Isernia. Aluarotus & Afflictus *in c. si inter. de vasallo qui contra constitutionem Lothanii alienauerit.* Paul s Castr. *in leg. 1. §. si rem depositam. num. ... ff. depositi.* Alexander *in cons. 30. nu. 16. lib. 1.* Franciscus Aretinus *in cons. 16. col. 4. & in cons. 14. col. 3* Guido Papæ *dec. q. 162 ad finem.* Iacobinus à S. Georgio *in tractatu feudorum. in vers. cum pacto de non alie ando. col. 2. vers. item quod dixi.* Curtius iunior *in tractatu feudorum in 4. parte principali. q. 20.* Zasius *in epitome feudorum parte 10. nu. 67.* alios refert & sequitur Tiraquellus *de retractu consanguineorum §. 1. Gl. 1. nu. 47.* quibus adde Iulium Clarum *in §. feudum. quæst. 21. vers. sed nunquid.*

Quod vero non amittatur feudum propter oppignorationem † eius factam à vasallo sine consensu 6
domini nisi secuta sit traditio ac in creditorem possessio feudi translata, responderunt Bald *in c. 1. §. aut libellario. n. 4 vers. sequitur in textu, quib. modis feudum amittatur*, & ibidem Afflictus *n. 20.* Aluarotus *n. 2.* Alex. *in cons. 273. n. 1. lib 2.* Iason. *in l. fi. q. 19. C. de iure emphyt.* Curt. iunior *in tract. de feudis in 4. parte. n. 95* Negusanzius *de pignoribus 3. membro. secunda partis. nu. 78.* Iulius Clarus *in §. feudum. q. 55.*

Nec ratione destituta est cõmunis hęc sententia: etenim † verba legis cum affectu sunt accipienda *l. 1.* 7
§ hæc verba ff. quod quisq; iuris. Quare dum lex prohibet feudi alienationem, intelligenda est de vera & propria alienatione, quæ tunc demum facta dicitur, cum res est tradita, quia per traditionem dominium in accipientẽ transfertur, *l. traditionib. C. de pactis.* Nec enim alienatũ recte dicitur quod manet adhuc † in 8
dominio venditoris *l. alienatum. ff. de verb. sig* Vnde & imperator Frideric. *in d. c. imperialẽ. §. callidis.* pœnam statuit in eos, qui feudum (inquit) vendunt, & in alios transferunt, quasi hæc duo cõiunctim requirat, nempe, vt feudũ non vendatur & in alium transferatur, quod fit per traditionẽ possessionis. Et idem est in pignore, quia per nudum ius pignoris absque possessione nõ transfertur in creditorem ius feudi, sed remanet in dominio vasalli, & propterea domino directo nullum fit præiudicium.

Huc accedat ratio, ex qua motus est Imperator Fridericus ad condendam legem. Nam ex multorum querelis motus fuit, vt ipse dicit in principio legis, qui ei retulerunt, vasallos pignori obligasse feuda, ac etiam vendidisse, ac propterea ipsos feudorum dominos seruitia debita amisisse in magnũ reipubl. detrimentum. Quod quidem eo casu locum habere certum est, cum feudum ipsum vere alienatur, ac in alium transfertur, possessione scilicet alteri etiam tradita.

Non obstant ea quæ in contrarium allata sunt. Nam etsi legibus feudalibus prohibita sit feudorum alienatio, & pignoratio, absque consensu domini: iusta tamen interpretatione prudentum, vt iam diximus, ita sunt accipiendæ, vt locum habeant, cum in alium feuda transferuntur per veram & realem traditionem ac possessionis translationem.

Non obstat quod dicebatur pignus contrahi nudo consensu, quia etsi id verum sit non tamen id solum sufficit ad priuationem inducendam, sed requiritur pręterea possessionis translatio in creditorẽ, vt

sic per eam videatur feudum in alium translatum in præiudicium domini quod potissimum à lege consideratum fuit. Nec quicquã mouere debet authoritas eorum, qui contrariũ respondere, quia cõmunis doctorum sententia eorũ authoritati præualere debet. Nam cõtra Imolam, Andream Siculum & alios superius citatos tenet vniuersa prope cohors scribẽtiũ vt loquitur Tiraq. *de retractu consang.* §.1. *Gl.2.n.45.* vt fatetur etiã Rol. *in cons.51.n.21.li.2.* & nouissime, de emphyteusi tamẽ loquens, Aurelius Corbalus *de iure emphyteutico c.14. lim.38.* Ex his patet quid sit respondendum ad secundam quæstionẽ, quæritur enim in ea vtrum si non propter hypothecam vasallus feudo priuari de iure possit, an non saltem propter missionem in possessionẽ talis feudi ex primo, & secundo decreto, & tandem subsecutam realẽ immissionem, caducitas feudi cum effectu purificata sit. Respondendũ est enim, ne frustra bis idem repetatur, feudi
9 caducitatem † purificatã esse: per missionem tamen in possessionẽ non ex primo decreto quia illud possessionẽ non transfert *l. si finita.* §. *si quis autẽ ff. de damno infecto.* sed ex secundo decreto necnõ ex reali immissione quæ scilicet possessionem veram transfert in creditorem *iuxta d. leg. si finita* § *Iulianus ff. eod. tit.* Nam vt iam à nobis est deductum, hęc est vera & communis doctorũ sententia, feudum amitti à vasallo, illud alienante vel pignorante sine licentia domini, vbi possessio eius est tradita creditori. Quare cum in proposita specie secuta sit realis in possessionẽ immissio post oppignorationem sine cõsensu domini factam, respondendum est, feudum incidisse in commissum & sic caducitatem esse purificatam. Rationes & authoritates iam superius allatæ sunt, nec sunt à nobis otiose repetendæ.

Sequitur tertia quæstio si feudũ cuius plures fratres initio domini erant, propter missionem ex primo decreto ante fraternã diuisionẽ bonorũ factũ sit caducum, vtrũ nihilominus vigore instrumẽti diuisionis in principio & circa finem eiusdem añexæ renunciationis frater is N. qui iam feudũ istud possidet reliquis duobus fratrib. partem emolumenti caducitatis dare, & an illi duo fratres de emolumento caducitatis participare debeant, licet in instrumẽto dicatur illos quo ad feudũ istud nihil ampli9 habere, vel petere debere, nec posse, & ꝓpter hoc cõsequenter iure nihil amplius quo ad emolumentũ istius caducitatis prætendere possint, cum illud sit accessio, vel fructus feudi, cuius nomine is in partẽ vocari nõ debet, qui nõ habet partem feudi, cum fructus regulariter sequatur dominiũ ipsius rei, ex qua prouenerunt. Quod attinet ad hanc quæstionẽ, videtur nobis in primis illud monendũ quod supra etiam diximus, nempe per missionẽ in possessionem ex primo decreto factam non transferri veram possessionem, sed tantum per missionem ex secundo decreto, & ideo non posse illud præsupponi quod in quæstione ipsa præsupponitur, sed tamen eo præsupposito stante, absque tamen veri præiudicio.

In hac quæstione videbatur nobis prima facie respondendũ, omnes fratres participare debere commodum caducitatis dicti feudi, nõ obstante præmissa diuisione. Nam cum feudum esset omnibus fratribus cõmune, & iam tempore diuisionis propter oppignorationem factam à vasallo commissum, & sic vtile dominium quod vasallus habebat, ad ipsos dominos deuolutum, manifesta patet vnumquemque ex eis partem per diuisionem cõsequi potuisse. Vbicunq; autẽ quis in diuisione plus retinere & cõsequi poterat ex bonis diuisis quacunque ratione, & per † 10
errorẽ id non fecit, nõ dicitur sibi præiudicasse, quia postea cognita veritate ius suum consequi possit. *l. si post diuisionẽ* vbi Gl. Bart. & Castr. *C. de iuris & facti ignoran. l. cum putarem. ff. fam. hercisc.* Soc. iun. *in cons. 128. nu. 121. lib.1.* Crau. *in cons. 26. n. 9.* Bursatus *in cons. 170. n. 56. lib. 2.* Licet ergo per diuisionem duo fratres non sint vllam partem consecuti dictæ caducitatis feudi, non tamen sibi præiudicasse videntur, quin eam cõsequi possint, cum de iure eis debeatur. Etenim † diuisio 11
male facta ad æqualitatem & rectitudinẽ est reducẽda, quemadmodũ respondit Socin. senior. *in cons. 25. n. 5.* refert & sequitur alios cõmemorans Soc. iun. *in cons. 48. n. 42. li. 1.* & ꝓbat text. *in l. maiorib. C. commu. vtriusq; iud.* ibi *vel perperam factis diuisionib. solet subueniri.*

Secundo pro hac sententia illud facere videbatur, quod in diuisione inter dictos fratres facta, non fuit actum de huiusmodi cõmodo caducitatis dicti feudi propter pignorationem factam, sed simpliciter de ipso feudo, quod vni ex fratribus assignatum est, vnde cum diuisio † videatur esse quædam transactio. *l.* 12
qui Romæ. §. *duo fratres.* ibi *quasi de hoc quoq; transactum fuisset. ff. de verb. obl.* tradit Bart. *in l. tres fratres. ff. de pactis.* & ibidem Iason *in 4. notabili.* & egregie Fulgo. *in cons. 120. in 1. col.* extendi non debet ad ea de quibus nõ est actum nec cogitatum inter diuidentes, quemadmodum transactio super vna re nõ extenditur ad aliam *l. si de certa. C. de transact. l. qui cum tutorib. ff. eod. tit.*

Tertio aut fratres diuidentes ignorarunt feudum fuisse tunc temporis deuolutũ, propter dictam obligationem & missionem in possessionem, & diuidendo † nõ censeatur iuri suo caducitatis renunciare vt 13
probat *l. tres fratres. ff. de pactis.* Aut sciverunt, & tunc per diuisionem renunciasse dicto iuri non videntur, sed potius ita diuisisse per errorem quam donasse, & cõsequenter sibi non præiudicarunt. Quod † error in 14
diuisione diuidentibus non noceat probat tex *in d. l. si post diuisionem. C. de iuris & facti igno. in l. maiorib. commu. vtriusq; iud.* & late Socin. sen. *in dicto cons. 25. lib. 4.* And. Geyll. *li. 2. obser. 139. n. 4.* Quod vero præsumendus sit † potius error quam donatio, tradit Gl. *in l. ge-* 15
neraliter. C. de non nu. pecu. Decius *in cons. 177. nu. 1.* & alii plurimi, quos refert & sequitur Mascard. *de probationibus. vol. 1. concl. 554. n. 5. 6. 7.* & late disputando firmat Menoch. *de arbitr. iud. casu 88.*

Quarto illud plurimum videbatur vrgere, quod p diuisionẽ non censetur quis ius caducitatis remittere, ita scilicet vt si feudũ ad se reuertatur, illud petere & vendicare nõ possit. Nam si duo fratres bona communia diuiserunt & † vni feudalia obuenerunt 16
eo mortuo sine filiis, alter feudum ita caducum effectũ nihilominus vendicare poterit, vt tradit Gl. *in c. si quis miles. tit. constitutiones feudales D. Lotharii Imperatoris, alias est sub tit. Imperator Lotharius Eugenio Papa & vniuerso populo.* & ibi Baldus. Aluarot. Afflict. & cæteri Doctores Alexan *in l. qui Romæ* § *duo fratres. n. 60. ff. de verb. oblig.* & ibidem Ias. *n. 32.* Federicus Senen. *in cons. 77. & in cons. 228.* Augustus Berous alios referens *in cons. 108. n. 14 lib. 1.* Nec obstare videbatur illa clausula renunciationis in instrumento diuisionis adiecta, qua videlicet expressum fuit, diuidẽtes quo ad feudũ istud nihil amplius habere vel petere posse, quia hæc verba intelligenda esse videbantur † rebus sic 17
stantibus, nõ autem superueniente iure caducitatis & deuolutionis feudi, *arg. leg. quod Seruius. cum Gl. vltima. ff. de cond. causa data,* & argumento conclusionis communiter receptæ ab interpretib. *in l. qui Romæ.* §. *duo fratres ff. de verbo. oblig.* Quod videlicet per diuisionem

nem non censeatur renunciatum fidei commisso, ea enim est magis communis sententia, vt patet ex Gabriele *comm. concl. lib. 4. tit. de fideic. concl.* 1. & ex Andr. Gerl. *lib. 2. obser.* 139. Verum his & similibus quæ adduci possunt non obstantibus, ita in hac quæstione concludendū esse putamus, vt si quidē cæteri duo fratres notitiam habuerint dictæ caducitatis de qua agitur, censeantur illā remisisse per diuisionē factam & per clausulam renunciationis adiectam, si vero ignorauerint secus dicendum, quoniam ignorans non intelligitur iuri suo renunciare. *leg. mater decedens ff. de inoff. testamento.* In hanc vero sententiam procliuiores sumus hoc potissimū fundamento, ei qui renunciat iuri & actioni quam habet nō datur ad eam amplius regressus, sed per diuisionem factā, vt in instrumento nobis transmisso, dicti duo fratres renunciasse intelliguntur emolumento dictæ caducitatis feudi, ergo eis non datur amplius regressus & actio, ad huiusmodi emolumentū caducitatis petendum ac participandum.

Propositio argumenti clara & indubitata est *l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædil. ed icto.* Remittentib. enim
18 actiones † suas, nō est regressus dandus ait I C. *l. Herennius. ff. de euictionib.* Gl. *in c. quam sit periculosum. 7. q. 1. in l. quoties ab omnib. C. de fideico.* Decius *in cons.* 389. *num.* 10. Crauetta *in cons.* 24. *n.* 4. & 74. *n.* 7.

Assumptio vero sic probatur. Nam in instrumento diuisionis dicitur, duos alios fratres quo ad feudū (quod scilicet alteri obuenit) nihil amplius habere, vel petere debere nec posse, imo quod illi cedant omnia iura & actiones reales & feudales, vtiles & directas, & exercitium etiam dictarū actionum scientes, prudentes, constituentes etiam eum procuratorem in rem suam &c. His verbis necessario includitur dicta renunciatio. Etenim hæc duo simul consistere non possunt. Quod vnus ex fratrib. totum feudum obtineat & omnia eius iura, & alii nihil amplius habere vel petere possint. Et quod alii partem habeant huiusmodi caducitatis feudi. Feudum enim propter hypotheca sine consensu domini factam reuertitur ad dominum, vt iam deductum est in prima quæstione, sed dominus est ille solus, cui assignatum est in diuisione, ergo ad illum solum reuertitur, & illi soli commoda acquiritur caducitatis. Quomodo enim consolidari potest dominiū vtile cum directo dicti feudi ad cōmodum aliorum fratrum, cum illi dominium directum non habeant, in hac autem consolidatione consistat caducitatis emolumentū vt patet?

19 Et cum verba dictæ † renunciationis generalia sint, nempe quo ad dictū feudū dictos fratres nil amplius petere debere ac posse, generaliter accipienda sunt, nempe vt nihil petere possint tam respectu directi quā respectu vtilis dominii. In feudo enim cōsideratur tam directū quam vtile dominium, ex doctorum nostrorum sententia, qui passim vtuntur his vocabulis, & caducitas est accessoria, cōnexa & inseparabilis à dominio directo: quo fit, vt qui dominiū habet directum feudi, caducitatis etiam ius habere intelligatur. Et pro huius sententiæ confirmatione illud præcipue perpendimus, quod si ante factam diuisionem feudum effectum caducū, propter pignorationem, & immissionem in possessionem ex dicto primo decreto factam, & sic fratribus diuidentibus ius supponatur caducitatis, competebat diuisionis tempore isto in casu per diuisionem, ex qua fuit iuri assignatum feudum absq; vlla reseruatione caducitatis. Imo cum renunciatione supra dicta censeri debet renunciatū ipsi emolumento caducitatis, quemadmodū à simili doctores communiter concludunt per diuisionem † renunciatum censeri fideicōmisso, 20
quando diuisionis tempore purum erat vel purificatum. Castren. *in l. qui Romæ § duo fratres col. 3. vers. super Gl. magna.* & ibidem Alex. *ff. de verbo oblig.* idem Alex. *in cons. 100. col. vlt. li. 7.* Dec. *in cons. 79. n. 3 & 267. n. 3.* & alii quos refert & sequitur Menochius *de præsump. lib 3. præsump. 115. nu. 4. 5.*

Ratio huius conclusionis est, vt superius citati doctores commemorant, quia fideicōmissum non potest eo casu simul cōsistere cū diuisione, id est, quod res fideicōmisso subiecta diuidatur per distinctionē, vni assignetur, & tamen alteri etiam ex fideicōmisso debeatur. Et hęc ratio locū habet etiam in proposito nostro, quia cum vni fuerit assignatum feudum non potest cum participatione caducitatis consistere, vt scilicet & alii habeant caducitatis partem: quia sic partē haberent feudi vt superius deductū est, cum tamen quo ad feudū nihil petere vel habere debent.

Et cum verba dictæ renunciationis ita sint ampla, & generalia, vt scilicet quo ad feudum cæteri fratres nihil amplius habere vel petere possint, cōtinere videatur etiā huiusmodi ius caducitatis, quemadmodum doctores volunt in ea specie, qua fit diuisio inter fratres, & vni feudum assignatur, aliis vero bona allodialia, vt scilicet mortuo fratre cui feudum assignatur, absque filiis non reuertatur ad alterum feudum, quia propter huiusmodi † verba generalia fra- 21
ter renunciasse intelligatur huiusmodi iuri caducitatis, vt optime probat Augustinus Berous *in cons. 130. n 77. lib. 2.* Et quemadmodum etiam doctores volūt ex verbis huiusmodi generalib. renunciatum † vi- 22
deri fideicommisso futuro, & nondum purificato, sicut late doctores citans tradit Gabriel. *comm. concl. lib 4. tit. de fideicom, concl. 1. n. 21.*

Quibus ita se habentibus non obstant ea quæ superius in contrarium allata sunt. Nam quod primo dicebatur, diuisionem esse reducendam ad æqualitatem, & errorem in ea commissum nō præiudicare diuidentib. Id verissimum est in iure Sed quod error interuenerit in ꝓposita specie nobis non constat, & de iure non præsumitur, sicuti late probat † iurib. & 23
authoritatibus Mascard *de probationib. vol. 1 concl. 636. & sequens.* ꝙ maxime procedit data scientia: scienti enim & volenti nō fit dolus nec iniuria. *c. scienti de reg. iur. lib. 6* Quod vero † secūdo loco dicebatur in diui- 24
sione actum non fuisse de huiusmodi iure caducitatis nihil obstat, quia licet expresse & nominatim de illo non fuerit actum, tacite tamen actum fuit, vt patet ex verbis generalibus supra dictis, † quod sufficit, 25
quia satis dicitur expressum quod ex vi verborū colligitur *l. Gallus. §. 1. ff. de lib. & posthum.* Bar. *in l. fideiuss. §. meminisse. de l. 1.* Io. Ceph. *in cons. 135. n. 20. lib. 1. & 150. n. 12.* Ruin. *cons. 64. nu. 10 lib 1. 108. n. 16. 132. n. 4. lib. 2.*

Ad tertium argumentū respondetur cæteros fratres scientes & prudentes, vt in instrumento diuisionis habetur, alteri fratri cessisse omnia iura & actiones, & tam vtiles quam directas ratione dicti feudi, & proinde errorem non esse præsumendum. Et dum dicitur errorem esse potius præsumendū, quam donationem, respondemus, id verū esse cum alterū ex duobus necessario est præsumendum, videlicet vel error vel donatio, sed in casu nostro alterū ex duob. non est necessario præsumendum, quia renunciatio potius est præsumenda ex certa scientia facta, vt superius late deduximus.

Quod vero quarto loco dicebatur, per diuisionē ius caducitatis feudi remissum non censeri, minime obstat; quia id est verū quando caducitatis ius pēdet ex fu-

ex futuro euentu, nec dum est acquisitum tempore diuisionis, sed acquirendũ per mortem eius cui feudum est assignatum ipsimet diuidenti, sed in proposita specie ius caducitatis vel erat iam tempore diuisionis quæsitum fratribus diuidentibus & ei renunciatum vt supra deductum est, vel certe soli D. Octauiano acquirendum tanquam soli domino feudi, & non aliis fratrib. qui per diuisionem omnia iura ipsi cesserunt, vt supra deduximus. Ergo argumentũ nihil obstat.

Sequitur quarta quæstio, quæ est huiusmodi. Quandoquidẽ hoc tempore nemini nisi ipsi domino feudi super caducitate cum vasalli agnatis transigere licet, vtrum casu quo N. dominus feudi cum agnatis vasalli conueniret, & pro caducitate feudi 1000. K. plus vel minus accipere, & feudum restituere vellet, an illo casu quo concluderetur feudum omnimodo ante diuisionem bonorũ factum caducum à domino feudi frater ipsius pro suo interesse plusquã tertiam partem summæ in transactione contentæ, & tantum exigere à domino transigente posset, quantum de rigore pro caducitate illa feudi vasallus soluere debuisset.

Huius quæstionis sensum esse existimamus, vtrum dato seu præsupposito ꝙ fratres participare deberẽt ac possent caducitatis emolumentum, alter ipsorum fratrum illud totum petere & consequi posset, an vero acquiescere deberet transactioni factæ à fratre domino feudi & tertiam tantummodo partem eius summæ pecuniarum vendicare, quæ in transactionem veniret.

Quæ quidẽ quæstio videri superflua potest, stante conclusione à nobis in præcedenti firmata, quod nimirum cæteri fratres diuidentes partem consequi non possint dicti emolumẽti caducitatis. Cæterum ne nostra consultatio etiam in hoc desideretur, quid nobis videatur suppositis terminis supra dictis breuiter subiiciemus.

Videbatur igitur nobis prima facie respondendum, dictum fratrẽ acquiescere oportere transactioni, & tertiam partem tantum vendicare eius quod in transactione continetur. Nam certi iuris est trans-
26 actionem † super feudo factam sincere & bona fide valere & seruandam esse. *tex. in ca. 1. §. si vasallus de suo, tit. si de feudo defuncti contentio sit inter dominum & agnatos vasalli. & in ca. 1 de controuersia feudi inter vasallum & alium de beneficio.* & vtrobiq; doctores notant Curtius iunior *in tract. feudor. 4. parte principali. q. 7. nu. 95.* Iason. *in l. fi. nu. 121. C. de iure emphy.* Ioannes Cephalus *in cons. 151. num. 92. lib. 2.* Et præsertim vbi transactio facta est inter ipsum dominum feudi & agnatos vasalli, vel domini consensus intercessit, vt notatur in locis allegatis. Et cum dominus ipse feudi sit principalis, ac solus, qui de eo transigere potest, non videtur dubitandum, quin & cæteri eiusmodi transactioni stare cõpellantur. Potest enim is qui principalis est, trans-
27 igere † etiam in alterius præiudicium, dummodo bona fide transigat, sicuti docet Io. Imolensis *in l. ante restituta. ff. de solutio.* argumento illius textus & citat etiam *l. fi. ff. de transact.* refert & sequitur Io. Cephal. *in cons. 128. nu. 25. lib. 2.*

Confirmatur hæc sententia, quia fratres diuidentes in instrumento diuisionis declararunt, quod nihil amplius petere vellent nec possent quoad huiusmodi feudum, quibus verbis si non sit caducitatis emolumento renunciatum, (quod tam certum est vt supra firmauimus in præcedenti quæstione) saltem negari non posse videtur, quin alteri fratri feudi domino, tributa sit plena potestas circa huiuscemodi feudum, adeo vt saltem super eo transigere possit cum vasallis seu vasallorum agnatis. Huc accedat quod si stricto iure agendo alter ex fratribus tertiam partem emolumẽti caducitatis vendicare possit, illi plurimum obstare videtur hæc ratio, aut huiusmodi tertiam partem petere intendit ab altero fratre feudi domino qui transegit, & non potest, quia illam ipse non habet sed certam summam pecuniæ quam per transactionem accepit, vel accepturus est, nec dolo fecit quo minus haberet, nec ex ea locupletior est factus, aut petere vult à vasallo vel agnatis vasalli, & non potest, quia illi exceptione transactionis sunt tuti *argu. l. fi. ff. de transactio.* Nec enim dubiũ est quin transigere potuerint super huiusmodi feudo & eius caducitate cum consensu præsertim ipsius domini, imo cum ipso domino, vt patet. Atq; huc pertinent vulgatæ iuris regulæ quib. dicitur, actionẽ † in rem 28
non dari nisi contra possidentem, eumue, qui dolo desierit possidere *vt in §. omnium. inst. de actio. l. officium. l. sin autem. §. possidere. ff. de rei vendica. & alibi.* Item actionem in personam nõ competere vbi nulla est obligatio ex cõtractu vel quasi, ex maleficio vel quasi: *vt in dicto §. omnium. inst. de actio.* Sed in proposita specie dominus feudi non possidet huiusmodi tertiã emolumenti partem, dictę caducitatis, vt dictũ est, nec dolo fecit qui minus possideret, item bona fide transegit, tanquam feudi dominus, nec vllo ex contractu vel quasi, aut maleficio vel quasi, est obligatus alteri fratri ratione dictæ tertiæ partis caducitatis: ergo nulla videtur actio cõpetere memorato fratri, pro dicta tertia parte caducitatis, sed acquiescere transactioni factæ merito debere videtur.

Verum his & similib. quæ adferri possent nõ obstantib. ita in proposita specie statuendũ esse existimauimus, si quidem frater de quo agitur partem emolumenti caducitatis habere posset, (cuius tamen contrariũ vt iam dictum est conclusimus) nihil proponi cur eam portionem totam & integram petere non posset, transactione illa nõ obstante, quam frater feudi dominus solus & absq; aliorum fratrũ consensu cum vasallo seu vasalli agnatis inire vellet, etsi enim frater, de quo agitur, dominus feudi non sit, quia diuisione facta totũ feudum alteri assignatum est, tamen respectu dictæ caducitatis eum ius habere supponitur, vt videlicet partem suam emolumenti caducitatis consequatur ac vendicare possit, propter oppignorationem factam absq; consensu domini & missionem in possessionem subsecutam. Quod si illi transactio facta obiiciatur, replicare poterit eam, nihil obstare, cum † absq; consensu suo facta fuerit, 29
iuxta l. Imperatores. ff. de transact. vbi Antoninus & Seuerus rescripserunt. Priuatis pactionibus ius cæterorum non lædi, & ibi Scęuola in fine secundũ ea quæ proponebantur, respondit: transactione vnius alterum non lædi, quia neq; cum eo ipse transegit, neq; negocium Septitij Mæuius gerens accepit.

Nec frater † transigendo potest alteri fratri præiudicare *l. si cum frater. l. res inter alios acta & iudicata alijs non nocere.* Imo nec pater Filio *l. de re filior. ff. de transact.* Bald. *in cons. 357 nulla mulier. col. 2. lib. 1. & 331. quadã puella lib. 3.* Tiraq. *in l. si nunquã. in præfatione nu. 31. C. de reuocan. donatio.* & in feudis quod transactio patris non noceat filio, respondit Tiberius Decian. *in cons. 23. n. 94. & 97. li. 1.* Et in specie quod de feudo nec dominus nec vasallus transigere † possint in præiudicium aliorum tradunt Afflict. & Aluarot. *in d. c. 1. §. si vasallus de suo. si de feudo defuncti controuersia sit inter dominum*

minum & agnatos vasalli Cephal. *in cons.* 155. *nu.* 36. *lib.* 2. Cacin. *cons.* 747. *n.* 48. *lib.* 5. Rol. à Valle alios citans *in cons.* 100. *n.* 10. *lib* 4. Menoch *in cons.* 442 *n.* 8. *li.* 5.

Quibus ita se habentibus nō obstat id quod primo loco dicebatur transactionem fieri posse super feudo, quia id nō negamus, præsertim accedente domini consensu, sed dicimus transactionē inter alios factā aliis qui non consenserunt non obesse, nec fratrē posse se transigendo in aliquo præiudicare fratri suo, non consentienti, & consequenter valere quidē transactionem, sed non obligare nisi transigentem, non autem fratrem alterum, quo minus totum ius suum petere & consequi possit.

Nec obstat quod secundo loco dicebatur transactionem factam ab eo qui est principalis etiā aliis nocere, quia non facit ad rem nostram illa conclusio, cū is qui non est principalis dominus feudo qui transigere voluit, respectu dictæ caducitatis, & eius emolumenti: quia leges allegatæ loquuntur de principali, puta hærede, quod transigere possit in præiudicium aliorum & in materia prorsus diuersa. Etsi enim frater qui est dominus feudi iam principalis, imo & solus ac vnicus feudi dominus dici possit, tamen respectu emolumenti caducitatis secus est dicendum, si præsupponamus omnes fratres eiusmodi emolumentum partiri æqualiter debere, sic enim omnes sunt æque principales, cum vnusquisque partē æqualem vendicare possit, quod tamē præsupponendum non est, iuxta ea quæ deduximus & conclusimus *in tertia quæst.* Nec obstat illa clausula quæ in instrumento diuisionis habetur, quod scilicet alii fratres nihil amplius quam ad huiusmodi feudū habere & petere possint, quia iam supponimus illa clausulā nō inducere renunciationē emolumenti caducitatis, nō derogando tamen cōclusioni contrariæ iam à nobis firmatæ in tertia quæstione. Quod quidē præsuppositum, si admittatur, nihil aliud importabit illa clausula nisi vt post diuisionē frater ille, cui feudū est assignatum solus dominus existat ipsius feudi, & non alii, non autē respectu iuris iam præteriti & aliis acquisiti quo ad emolumentū videlicet caducitatis, ille solus trāsigere, & sibi præiudicare valeat: quia vt iam à nobis supra est deductum, transactio inter alios facta aliis neque nocet neq; prodest, nisi eam ratā habere velint.

Nec obstat quod postremo loco dicebatur nullam actionem competere dicto fratri, nec contra fratrem transigentem, nec contra vasallū seu vasalli agnatos, quia licet frater non habet portionē illam emolumenti caducitatis, & agnati transactione sint tuti, quia tamen de iure actione competere fratri memorato aduersus possessorē feudi, vt scilicet tertiā partē dicti feudi quantū ad partem ac portionē dicti emolumenti caducitatis vendicare possit tanquam ad se pertinentem, vigore fictæ oppignorationis. Ad exceptionem transactionis replicādo, quod illa nihil valeat nec fieri potuerit in sui præiudiciū ac detrimentum, & quod ipsi non consentienti & eam ratā habere nolenti nullo modo nocere possit, veluti res inter alios acta, quæ aliis neq; nocet, neq; prodest, secundum regulas iuris vulgatas, omnia deducenda vt supra à nobis disputatum est. Et de quarta quæstione hactenus.

Quinta quæstio est, quandoquidem tres fratres prænominati in diuisione fraterna inter alia expresse & huic pacti sunt, vt si contingat post diuisionē aliquid quod in diuisionē non venerit, in illo vnicuiq; partem suam saluam & liberam esse & manere debere, vtrū hęc reseruatio ad dictā caducitatem feudi se extendat. Nam cum sæpe dictū feudum Orsenhausen cum omnib. suis iurib. (inter quæ etiā ius caducitatis merito numerari potest) pertineat ad dominatum Wallenstetem & per consequens vna cū illo dominatu per sortē ad dominum Octauianum Fuggerum deuenerit, apparere videtur ex instrumento diuisionis et ipso eiusq; principio, quod dictū ius caducitatis in illo feudo Orsenhausen satis expresse vel saltem tacite vna cum ipso dominatu & omnib. aliis feudis ex natura amplissimæ generalitatis D. Octauiano ditū, & traditū sit, & quod vigore renūciationis diuisioni insertæ de emolumēto caducitatis nihil participare debeant, quemadmodū etiam hactenus ratione huius caducitatis, factis iudiciariis & aliis magnis expensis nihil contribuerunt.

Videbatur nobis prima facie respondendum dictam reseruationē ad memoratæ caducitatis emolumentum se extendere. Nam quodcunq; in diuisione nō venit ita reseruatū est, ex cōuentione commemorata vt in eo quilibet partē suam saluā habere debeat, ita n. habet instrumentū diuisionis. Sed ius caducitatis de quo agitur in diuisionē nō venit, Ergo in eo quilibet ex fratribus partē habere & consequi debet. Quod non venerit in diuisionem, patet ex eo, quod instrumentū diuisionis nullū verbū de eiusmodi iure seu emolumēto caducitatis facit. Negatiua enim huiusmodi probatur † ex inspectione scripturę & instrumenti *l. iustum. & ibi Gl. C. de edendo. l. si bina. & ibi* Bald. & Imola *ff. de iniusto, rupto & irr. test. l. vlt. C. de reb. cred. c. quoniā cōtra. de probatio. l. si quis ad ciuilia. C. de appella. l. 2. C. de erro. aduoca.* Bart *in rub. de ope. no. nun. col. fi.* & ibi Ruin. *n.* 55. Ceph. *in cons.* 144. *nu.* 1. Itaq; cum in instrumento diuisionis nihil dictū sit de iure ac emolumēto caducitatis, sequitur dicendum illud in diuisionē non venisse, & per consequens reseruatum censeri ex memorata clausula diuisioni inserta. 32

Nec obstare videbatur id quod dicitur in instrumento sæpe dictū feudum scilicet Orsenhausen cum omnib. suis iurib. ad dominatū Wallenstetem pertinere, illudq; per sortē obtigisse D. Octauiano Fuggero, & per consequens etiā ius caducitatis ad illum spectare. Quia respondendum posse videbatur, ius caducitatis duplex cōsiderari posse: vnū ante diuisionem iam quæsitum domino ipsius feudi, alterū vero post diuisionem quærendū. Siue posterius agatur, concedendū esse videtur, vna cum feudo, de quo agitur, & iurib. eius, etiā ius caducitatis ad D. Octauianum Fuggerū pertinere posse, in hunc videlicet modum, vt cum ipse post diuisionem solus feudi dominus sit, habeat etiā ius cōfiscandi dictum feudū, & sibi applicandi propter feloniam, & alienationem absq; eius consensu à vasallo fiendam, & ob alias causas, quib. feudum in commissum incidere solet. Sed si de priori iure caducitatis iam videlicet ante diuisionem quæsito agatur, secus esse statuēdū videbatur. Nam cum omnibus fratrib. feudum esset commune, ad omnes etiā pertinere videbatur, non autē ad vnum tantum: & cum in diuisionem non venerit, videbatur ita de eo statuendum, vt quilibet fratrū portionem suam haberet. Neq; huic cōclusioni obstare videbatur clausula renunciationis instrumento diuisionis inserta. Nam vt superius etiā de tertia quæstione disserendo dicebamus, nullam facit mentionem illa clausula dicti emolumenti caducitatis, sed tantū ipsius feudi quod scilicet quo ad illud feudum nihil amplius fratres reliqui petere vel consequi possent, & renunciatio est stricti iuris, nec in ea veniunt nisi expressa. 33

fratres. ff. de pactis & ibi Gl. in verſ. poſſe. Dec. *in leg. poſtquam litis.numer.* 16. *C. de pactis.conſ.* 495 *num.* 20. Calderia.*in conſ.5. tit.de praeben.*Cephalus *in conſ.* 25. *numer.* 47. *libr.*1. *&* 163 *numer.*11 *libr.*2. Andreas Geyll. *libr.* 2. *obſer.* 77. *numer.* 5. Sed de caducitatis emolumento nihil eſt expreſſum in dicta clauſula, ergo illud ius non cenſetur remiſſum.

Verum iſtis & ſimilibus nequaquam mouentibus, contrariam ſententiam iuſtitiæ ac iuri magis conſentaneam exiſtimauimus. Nempe ad ius caducitatis, de quo agitur, porrigendam non eſſe côuentionem ſupradictam, qua ſcilicet diuidentes fratres pacti ſunt, ſi quid poſt diuiſionem reperiatur, quod in diuiſionem non venerit, illud fore diuidendum inter omnes, ita vt eius quilibet partem ſuam habere debeat.

Illud autem fuit ac eſt potiſſimum noſtrum fundamentum, quod propter clauſulam renunciationis diuiſioni in ſcribam, remiſſum eſſe cenſeatur huiuſmodi ius caducitatis à fratribus diuidentibus ac totû renunciatione illa ac ceſſione translatû in perſonam D. Octauiani Fuggeri; Quod autem illa clauſula diuiſionis inſtrumento inſerta contineat huiuſmodi renunciationem, ſuperius à nobis late deductum, & demonſtratum eſt, in tertia quæſtione, vt iam à nobis ea quæ ibi deduximus hoc in loco repetenda minime videantur. Quare ſupereſt vt ad argumenta in contrarium allata reſpondeamus.

Quod igitur primo loco dicebatur in diuiſionem non veniſſe ius caducitatis, de quo agitur, dupliciter intelligi poteſt. Primo in diuiſionem non veniſſe, quia ſcilicet vnicuique fratrum portio aſſignata non fuit dicti emolumenti: & hoc concedimus. Altero modo in diuiſionem non veniſſe, quia videlicet aſſignatum fuit ex conſenſu aliorum fratrum, ſi non expreſſe, ſaltem tacite D. Octauiano Fuggero, & ſic per tacitam renunciationê remiſſum fuit & applicatum ipſi D. Octauiano: & hoc modo negamus illud ius caducitatis in diuiſionem non veniſſe, venit enim in diuiſionem quia illud totum aſſignatum fuit D. Octauiano cum conſenſu aliorum fratrum, qui expreſſe conuenerunt ac promiſerunt ſe nihil amplius petere ac habere velle vel poſſe quo ad huiuſmodi feudum, quibus verbis renunciatum cenſeri dicto iuri caducitatis ſupra demonſtrauimus: Vnde cum ipſi renunciauerint dicto iuri caducitatis ad illud amplius regreſſum habere non poſſunt, ſicuti deduximus in tertia quæſtione. Et ſatis dicitur in diuiſionem veniſſe ſi nô expreſſe, ſaltem tacite, vigore dictæ renunciationis.

Non obſtat quod verba renunciationis expreſſe non contineant huiuſmodi ius caducitatis, & quod verba renunciationis ſint ſtricte accipienda, ita vt non contineant niſi quod expreſſum eſt: Quia reſpondemus ſub renunciationis commemoratæ verbis ſatis expreſſe & clare contineri ius caducitatis cum ex vi & natura verborû ipſius, côtineatur & neceſſario includatur & ſatis expreſſum dicatur, quod ex vi & natura verborum generalium comprehenditur, vt ſupra latius deduximus in tertia quæſtione.

Reſtat ſexta quæſtio quæ eſt huiuſmodi. Quia D. Octauianus Fuggerus agnatos vaſalli, ac etiam creditores per edictum ad Cameram Imperialem citari fecit, & ſic ſaltem de facto adhuc incertum & litigioſum eſt, quid ipſi vt Domino ratione occupationis & caducitatis dicti feudi remanſurum ſit. Quæritur vtrum rebus ſic ſtantib. nunc ratione caducitatis ac petitæ participationis emolumenti Domino Raymundo Fuggero exercitium cum effectu natæ actionis competat?

Huius quæſtionis definitio ex ſuperioribus pendet, nempe vtrum per diuiſionem factam, cum dicta clauſula renunciationis, dictus Dominus Raymûdus renûciaſſe videatur huiuſmodi iuri ac pacto caducitatis nec ne. Nam ſi non renunciaſſe intelligatur nihil ei oberit, vel quod incertum ſit quantum futurum ſit emolumentum ratione dictæ caducitatis, vel quod nondum Dominus Octauianus quicquam ex eo fuerit conſecutus. Nam ſi caducitatis emolumentum commune eſſe intelligatur, vt diuiſio eius fiat & ſibi portio debita aſſignetur recte aget Dn. D. Raymundus *leg. ſecunda. ff. commun. diuidund. & toto titul.* nec illi obſtabit incertitudo, quia non pendet ex facto eius, & quia admittit etiam † incerta petitio, in hoc iudicio communi diuidundo, 34
leg. & ſi non omnes. ff. commun. diuidund. Daturque actio ſiue omnes, qui rem communem habeant, poſſideant, ſiue non poſſideant. *l. pen. ff. eod. tit.*

Si vero renunciaſſe intelligatur dicto emolumento caducitatis propter clauſulam diuiſionis inſtrumento inſertam, de qua ſupra in præcedentibus fuſe diſſeruimus: tunc certi iuris erit, illi nullam actionem competere, cum renuncians iuri ſuo actionem amplius & regreſſum non habeat, vt iam dictum eſt.

Vtrum autem renunciaſſe intelligatur nec ne, fuit à nobis ſuperius diſputatum, & propoſitis hinc inde argumentis, concluſum pro renunciatione. Rationes & argumenta vna cum contrariorum ſolutionibus hoc in loco repetenda non putauimus, cum iam à nobis allata ſunt. Quare ex eis concludimus nullum exercitium natæ actionis nullamque actionem ad dictum caducitatis emolumentum præfato D. Raymundo competere. Saluo tamê melius rectiuſque ſentientium iudicio.

A. Fachineus Ingolſtadij nomine collegij.

Pro

Pro Amplissimo Senatu & Ciuitate H.

ARGVMENTVM CONSILII IIII.

Vetustam consuetudinem in exigendis vectigalibus seruandam. De modo agendi in istis iuribus incorporalibus, & quo pacto subditi agant contra suos Principes.

SVMMARIA.

1 *Nemo præsumitur iuri suo renunciare.*
2 *Per emphyteusim vtile dominium transfertur.*
3 *Semper id quod minimum est sequimur.*
4 *Contractus præsumitur potius emphyteuticus quam censualis, sed contra inferius.*
5 *Laudemii solutio arguit contractum emphyteuticum.*
6 *Contractus potius censualis præsumitur quam emphyteuticus.*
7 *Emphyteutici contractus onera per multa recensentur.*
8 *Secus in censuali.*
9 *Per contractum censualem transfertur dominium.*
10 *Censualis contractus præsumitur potius quam emphyteuticus, licet de re ecclesiastica agatur.*
11 *Solutio laudemii arguit contractum emphyteuticum.*
12 *Laudemium solui potest etiam pro re censuali ex consuetudine.*
13 *Laudemium etiam pro feudis debetur secundum aliquos.*
14 *Consuetudo in exigendis vectigalibus seruanda.*
15 *Præscriptio temporis immemorialis habet vim priuilegii.*
16 *Libertas laudemium non soluendi præscribi potest.*
17 *De vi consuetudinis immemorialis.*
18 *Tempus non est modus inducendi vel tollendi obligationem.*
19 *Fiscus vel resp. alterius patrocinium suscipere non potest.*
20 *Continentia causæ non diuidenda.*
21 *Ciuitates imperiales in ius vocare possunt suum Principem, & quomodo in imperio seruetur.*
22 *Capitula cathedralium ecclesiarum non recensentur inter status imperii.*
23 *Actio l. diffamari. C. de ingenuis manu. cui & quando detur.*
24 *Actio confessoria datur pro omnibus iuribus incorporalibus.*
25 *Officium iudicis cui competat.*
26 *Vtile interdictum vti possidetis competit pro iuribus incorporalibus.*
27 *Possessorium remedium magis eligendum quam petitorium.*
28 *Agens petitorio & possessorio, in vno ex iis quando obtinere valeat.*

Domini nostri Iesu Christi auxilio implorato.

PRoponitur ex facto totum Senatum omnesque ciues H. ante hominum memoriam tam Illustrissimo ac Reuerendissimo D. Episcopo Principi suo, quam venerabili Capitulo & aliis, tum ecclesiasticis, tum sæcularibus dominis, de suis bonis censualibus, puta vineis, ædibus, hortis, agris, pratis, aliisque, pro singulis florenis sex H. nummos pro laudemio dedisse, & soluisse, idque nemine dissentiente & contradicente.

Cæterum intra decem, duodecim & quindecim circiter annos, nunc primum præfatum Principem siue magistratum eius aliosque ecclesiasticos & sæculares dominos, Prælatos, monasteria ac etiam nobiles quosdam, in præiudicium emptorum & venditorum tres cruciferos ex singulis florenis pro laudemio petere & exigere, & hanc exigendi consuetudinem introducere velle. Et cum Senatus H. apud Illustrissimam Celsitud. suam conquereretur, ac supplicaret, vt illud augmentum tolleret; Responsum fuisse, si Senatus se grauatum prætenderet iure ageret & interea officialibus mandatum esse datum, vt tres cruciferos exigant. Quamobrem ciues supplicationem Senatui obtulisse, & consilium ea in re petiisse: Senatum vero consilium dedisse, vt laudemium illud debitum in iudicio ciuitatis, donec res siue lis iudicialiter definiatur, deponerent.

Quibus ita se habentibus, Senatum cupere, iure experiendo & agendo, antiquissimam consuetudinem soluendi sex nummos defendere, ideoque consilium petere quo modo & via, quo genere actionis, & coram quo iudice hæc deduci & fieri possint ac debeant. Probationes enim in promptu esse testium omni exceptione maiorum, nec non instrumentorum & librorum feudalium & censualium, pro dicta consuetudine, soluendi dictos sex nummos in quemlibet florenum.

Amplius hoc iam etiam prætendi, quod bona sint emphyteutica, non autem censualia: & ideo absque dominorum consensu distrahi & in alios transferri non possint, ac proinde consilium etiam petere quo pacto prouidendum sit, ne interea dicta bona ciuium emphyteutico iure censeantur, & vt emphyteutica iudicentur & habeantur, cum censualia sint & pro censualibus hactenus sint habita.

Igitur, vt pro iustitia requisiti consiliū ac responsum adferamus, recte ordineque nos facturos putauimus, si totam hanc cōsultationem in aliquot quæstiones partiremur ac distribueremus, & ad singulas decisionem ac responsionem adiungeremus nostram: sic enim facile cognosci poterit quid in tota hac re deliberandum ac statuendum sit & quid iuri consentaneum nobis videatur.

Prima quæstio hæc erit, an de iure bona, de quibus disputatio est, cēsenda sint emphyteutica, an vero censualia.

Secunda, posito, quod censualia sint existimanda, vtrum ciues probata consuetudine temporis antiquissimi & memoriam hominum excedētis soluendi tantum sex nummos pro singulo floreno sint in ea consuetudine conseruandi ac defendendi.

Tertia quæstio, posito, quod ciues non teneantur plus soluere quam sex nummos, iuxta dictam antiquissimam consuetudinem, an de iure agere & experiri possint & litē instituere aduersus eos qui plus exigere volunt?

Quarta, posito, quod possit de iure agere coram quo iudice causa & lis institui, inchoari & exerceri debeat?

Quinta, quæ actio intentanda sit hoc in casu, ad effectum supra dictum, id est, pro defendenda dicta consuetudine soluendi tantum dictos sex nummos pro quolibet floreno?

Sexta, qualiter & quomodo in iudicio deducenda & expedienda sit?

Postrema quæstio erit, quid agendum ciuibus sit, vt sua bona censualia, non autem emphyteutica sibi tueantur & nullum ea in re detrimentum patiantur?

Quod attinet ad primam quæstionem. Videbatur prima fronte respondendum esse, dicta bona ciuium H. iudicanda esse emphyteutica, non

autem censualia: Primo quia per contractum cen-
sualem dominium in alium transfertur & cõsequen-
ter is qui erat dominus desinit esse & renunciat do-
1 minio. Nemo autem præsumitur † iuri suo renun-
ciare *l. cum de indebito. ff. de probat. c. quia circa. de priuileg. c. super hoc. de renun.* Tiraq. *ad l. si vnquam in præfatio.* 128.
2 *C. de reuoc. dona.* Per contractum † autẽ emphyteuticũ
is qui erat dominus remanet adhuc, transferens ius
quoddã in rem in emphyteutam quod Dd. appellant
vtile dominium, *iuxta no. in l. 1. ff. si ager vectig. vel emphy. pet. & in l. 1. C. de iure emphy.* Ergo præsumendus est po-
tius contractus emphyteuticus quam censualis.
3 Secundo, quia semper in obscuris quod † minimũ
est sequimur *l. semper in obscuris. de reg. iuris*, sed hoc est
minimum, vt dominium scilicet nõ videatur transla-
tum quod fit per contractum censualem, non autem
per emphyteuticum. Facit quod scribit Decius *in l. si pascenda n. 15. C. de pactis.* vbi per hãc regulam docet do-
minium in dubio per contractum translatum non
præsumi, quia quod minimum est sequimur.

Tertio, quia in terminis quæstionis nostræ con-
4 tractum † censualem non præsumi, sed emphyteuti-
cum docuerunt Fabri. *ad l. 1. n. 7. C. de iure emphy.* Ias. *ad l. 2. n. 165. C. eod. tit.* Nicol. Euerhard. *in locis legalib. loco ab emphyteusi ad censum. nu.* 5 Iul. Clar. § *emphyteusis. q. 1. vers. sed pone.* Et hoc præsertim in fauorem ecclesiæ, vt
tradunt Augustin. Berous *q. 14.* Alexan. de Næuo *cons.* 27. Mynsing. *cent. 3. obser. 65.* His vltimo accedit solu-
5 tio † laudemii, nam pro emphyteusi laudemiũ solui
debere constat *l. vlt. C. de iure emphyt.* & late explicat
Amad. à Ponte *in quæst. laudemial. lib. q. 1.* quamobrem
laudemii solutionem arguere contractũ emphyteu-
ticum docet Menoch. *de præsumpt. lib. 3 præs.* 105.

Verum iis & similibus nil morantibus, cõtrarium
deciditur: nimirum, bona potius præsumenda esse
censualia quam emphyteutica: & cõtractum potius
6 censualem † quam emphyteuticum. Hæc est enim
verior & communior Dd. sententia, quia semper fit
interpretatio contra stipulantem, qui nititur instru-
mento in cuius potestate fuit legem apertius dice-
re *l. veteribus. ff. de pact. l. stipulatio ista. §. in stipulationib. l. quicquid astringendæ. de verb. oblig. l. qui ex pluribus. ff. eod.*
In potestate autem erat domini legem apertius dice-
re, quod scilicet bona in emphyteusim daret, quod si
non dixerit contra illum fit interpretatio, quod sci-
licet bona sint potius censualia quam emphyteutica:
ita docuerunt Alberic. *in l. 2. n. 13. vers. quid de quæstione. C. de iure emphyt.* Ias. *eodem in loco. n. 42.* Ruin. *cons. 42. nu. 7 lib. 1.* Socin. sen. *cons. 160. n. 7. & 167. n. 6 lib. 2.* Decius *in auth. qui rem. n. 7. C. de sacrosanct. eccl. & in cons. 146. & 138. & 16.* Marsil. *sing. 95.* Capic. *decis. 103.* Brunus *cons. 41.* Paris. *cons. 13. n. 6. & 85. n. 2. lib 4.* Crauet. *cons. 204. n. 20.* Grammat. *decis. 77. nu. 9. 10.* Natta *cons. 3. n. 2.* Couuar. *lib. 3. variar. resol. c. 7. n. 1* Bursat. *cons. 26. num. 17.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs. 106. n. 3.* Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 281.* Rota Romana apud Crescentium *decis. 307. in prima parte decisionum nouissimarum.* Confirmari
potest hæc sententia, quia emphyteutæ multis one-
7 ribus obstricti sunt. Non † possunt rẽ emphyteuticã
alienare domino irrequisito, *l. 3. C. de iure emphy.* si ces-
sauerint in solutione per triennium vel si res eccle-
siastica sit per bienniũ, cadunt à iure suo *l. 2. C. eod. tit. c. potuit. de locato.* vt merito emphyteusis videatur esse
quædam seruitutis species; & ideo non præsumenda.
l. altius. C. de ser. & aqua sed probanda ab eo, qui eam
allegat Paris. *cons. 138. nu. 25. lib. 4.* Curt. iun. *cons. 108. n. 15. & 140. n. 4.* Mascar. *de probat. vol. 2. concl. 601. in princ.* Menoch. nouissime *cons. 708. n. 6. lib. 8.*

His accedat in casu hoc nostro aliud argumen-
tum ex facto, nam illud nobis præsupponitur, hacte-
nus ciues H. gessisse se pro censuariis, non autem pro
emphyteutis. Nam in alienatione bonorũ nunquam
alterius licentiam petiuerunt, nec alicui tanquã do-
mino denunciarunt, vt de iure requiritur *l. vlt. C. de iure emphyt.* Deinde aliqui eorum annuos census ter-
tio, demum quarto, septimo, & etiam decimo anno
primum soluerunt, nec tamen illi quibus debetur
conquesti sunt, quasi à suo iure cecidissent quod ta-
men fieri potuisset si fuissent emphyteutæ *l. 2. C. de iur. emphyt. c. potuit. de locato.* non † autem si contractus 8
censualis sit, vt tradit Glo. & Dd. *in c. constitutus. de religiosis domib.* Couuar. *lib. 3. variar. resol. c. 7. n. 1* Natta *cons. 3. n. 4.* Menochius alios citans *lib. 3 præsumpt. 106. n. 11.*
Et hinc arguitur censualia esse bona, non autem em-
phyteutica, vt per Socin. sen. *cons. 166. n. 8. lib. 2.* Deni-
que etiam orta super hoc lite inter Reuerendiss. Do-
minos S. Stephani & quosdam alios pronunciatum
fuit, bona esse censualia.

Nec obstant argumenta in cõtrarium allata: nam
quod attinet ad primum: fatemur neminem præsu-
mi renũciare dominio rei suæ, & illud in alium trans-
ferre velle, quando nulla subest causa. Sed aliter di-
cendum vbi iusta causa subest per quam solet domi-
nium transferri, veluti esse cõtractum censualem, de
quo agitur, in confesso est apud omnes, tunc enim
dominium trãsfertur in accipientem rem, super qua
census annuus † tradẽti reseruatur, vt tradit gl. & Dd. 9
in d. c. constitutus. de relig. domib. Socin. sen. *cons. 167. col. 2. lib. 2.* Menochius alios citans *lib. 3. præsump. 10?. n. 4.* Et
quod in dubio dominium transferatur causa idonea
subsistente, probatur *in l. si ita distrahatur. ff. de contrah. empt. in l. 1. § & est quæstio. ff. pro dote.* cũ aliis à Menoch.
citatis *lib. 3 præsumpt. 34 n. 5.*

Ad secundum argumentum, quo dicebatur sem-
per in obscuris sequendum quod est minimum: re-
spondetur nõ obstare, quia hoc etiam est minimum,
vt contractus non sit emphyteuticus, sed potius cen-
sualis: quia minus grauatur accipiens, nec tot onerib.
& obligationibus obstrictus est, & pro eo interpre-
tatio in dubio facienda est, vt supra dictum.

Ad tertium argumentum respõdemus, etsi aliqui
contrarium docuerint, tamen sententiam nostram
magis communiter receptã esse, vt patet ex Doctori-
bus superius allegatis. Et hæc communior sententia
locum habet, etiamsi de † re ecclesiastica sit quæstio. 10
nam Alberic. *in d. l. 2. nu. 13 C. de iure emphyt.* à quo hæc
cõmunis sententia originẽ habuit, loquitur de con-
tractu ecclesiæ, dicens se ita respõdisse cuidam priori
monasterii, cum instrumentũ haberet in quo cõtine-
batur; Titium promisisse dare singulo anno ipsi mona-
sterio saccum frumenti pro quodã fundo, & quære-
ret an propter cessationem biennalem expelli pos-
set, dicit Albericus se respõdisse, non potuisse expel-
li, quia non constaret esse contractum emphyteuti-
cum, & censualis in dubio præsumendus esset. Ergo
cum Albericum secuti sint omnes superius à nobis
adducti, manifestum est hanc esse cõmuniorem sen-
tentiam, licet de contractu cum ecclesia celebrato
quæstio proponatur. Ad vltimum argumentum de
laudemio respondemus de iure quidẽ constitutum
esse in alienatione rerum emphyteuticarũ, vt laude-
mium soluatur, id est, quinquagesima, vt *in d. l. vlt. C. de iure emph.* sed in casu nostro non soluitur quinqua-
gesima, sed lõge plus, ex quo † non arguitur esse em- 11
phyteutica: ita argumentatur Menochius *consilio 708. numero 27 libro octauo.* Deinde laudemium solui
potest

12 potest etiam ex consuetudine, etiam pro † rebus censualibus, vt tradit Chassan. *in consuetud. Burgundiæ, rub. 1. art. des censes.* §. 1. Moderni *in consuetud. Paris.* §. 21. *nu.* 28. Amadæus de Ponte *in quæst. laudemial. lib. q.* 3. Et
13 quod laudemiū solui possit pro re † censuali respondit Socin. sen. *cons.* 266. *n.* 7. 8. *lib.* 2. quem refert & sequitur Menoch. *cons.* 708. *n.* 28. *lib.* 8. quemadmodum etiam in feudis deberi laudemium nō pauci voluerūt, vt per Hippol. Rimin. *cons.* 38. *n.* 37. *lib* 1. & Amad. de Ponte *quæst. laudem. q.* 3. Hæc de prima quæstione.

Quod attinet ad secundam quæstionem, si consuetudo est tanti temporis cuius memoria non extat in contrarium, secundum ea quæ in facto nobis proponuntur, soluendi tantum sex nummos ex singulis florenis: absque vlla hæsitatione respondemus, ser-
14 uandam & † custodiendam esse hanc cōsuetudinem authoritate *l. cum satis. vers. caueant. C. de agricolis & censitis lib.* 11. vbi dicitur seruādam esse veterem consuetudinem in censibus soluendis ibi. *Et sic veterem consuetudinem in reditibus præstandis eis obseruare, &c.* Idem & in solutione decimarum constitutum est, quod & consuetudo obseruanda sit, vt in *c. in aliquib. in c. ad ōmissum. in c. cum sint. in c. dilectis. de decimis.* & respondit Soc. sen. *in cons.* 14. *lib.* 1. & 297. *col.* 2. *vers. tertio ista.* ... *lib.* 2. Alex. *cons.* 5. *lib.* 5. Balb. latissime *de præscrip. part.* 4. *principali q.* 7. *n.* 9. Alba *in cons.* 67. *nu.* 9. Hippol. Riminal. alios citans *cons.* 36. *lib.* 1. Et ratio est euidētissima quia
15 tanti temporis cuius initii † memoria non extat possessio & præscriptio, habet vim concessionis & priuilegii *l. hoc iure.* §. *ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. l.* 1. *in fin. ff. de aqua plu. arcen. c.* 1. *de præscrip. lib.* 6. *c. super quibusdam. de verb. signif.* imo longe minori tempore præ-
16 scribi potest libertas † ipsa laudemium non soluendi vllum, vt per Guidon. Papam *cons.* 213. *nu.* 6. Amadæum de Ponte *quæst. laudemia. lib. quæst,* 47. vbi dicit, spacio 40. annorum cum bona fide prescribi ius soluendi laudemia. Ergo si in totum præscribi potest
17 multo magis pro parte præscribi poterit. Et de consuetudine tanti temporis quod habeat vim priuilegii, specialis concessionis, legis, veritatis, & omnino seruanda sit, frequentissima extant ICtorum responsa & passim in iure versantibus obuia, & citātur ab Antonio Gabr. *lib.* 5. *commun. concl. tit. de præscrip. concl.* 1. ab Andr. Gail. *lib.* 1. *obser.* 21. *nu.* 15. à Mascardo *vol.* 3. *de probatio. concl.* 1214. *n.* 43. & 48. & *concl.* 1371. *n.* 16. & *n.* 49. à Menoch *de præsumpt. lib.* 3 *præsumpt.* 151 *n.* 58.

Illud tamen monēdum putamus isthæc accipienda esse nisi mala fides probaretur, quia videlicet ciues obligati fuissent ad soluendos tres cruciferos pro quolibet floreno, & tamen soluisse longe minus videlicet sex nummos. Vel per errorem factū id accidisse, vbi enim de mala fide vel facti errore apparet, nihil prodest temporis cursus, quia tunc est modus in-
18 ducendæ vel † tollendæ obligationis, sed veritas attendi & seruari debet, *c. veritate. cum multis seq.* 8. *distin.* ita respondit Alexand. ad propositum nostrum *consil.* ... 1. *col.* 2. *vers. pro confirmatione* idem fatetur Socin. sen. *d. cons.* 145. *n.* 1. *lib.* 1. Balbus *de præscript. part.* 3. *primæ partis q.* 10. *n.* 25. 26. Hippol Rimin. *d. cons.* 36. *n.* 17. *lib.* 1.

Plura circa hanc quęstionem non adferimus: quia nobis non constat, quæ sit Illustriss. ac Reuerendiss. Do. Episcopi & aliorum qui tres cruciferos exigunt, cōtra dictam antiquissimam consuetudinem, ratio, quod fundamentum, & ius sit: cum nobis id constiterit, parati erimus pro iustitia respondere, interim dicimus si aliud non proferatur, bene fundatam esse Dominorum Ciuium intentionē, & causam eos iustā habere, quo minus plus soluant q̄ hactenus ex antiquissima consuetudine & præscriptione soluerunt.

Tertia quæstio an ciues H. agere & iudicium instituere ad hunc effectū possint. Et respondemus posse, sed quoniam hæc res non pertinet ad Senatum & ciuitatem H. vt vniuersitatem quandam repræsentat, sed singulos Senatores & ciues, qui talia bona censualia possident particulariter tangit: ideo aduertendum erit actionem institui non posse ab ipsa communitate & Senatu tanquam procurationem suscipiēte ciuium suorum, quia obstaret titulus, *C. ne fiscus vel respub. patrocinium alicui litis causa præstet.* sed ita consultum fore respondemus, vt omnes ciues & Senatores simul vel seorsim procuratorem vnum vel alterum constituant, ad agendum hāc causam, cum amplissima potestate & generali mandato, per instrumētum publicum: quo procurator ita legitime constitutus agere & litem instituere poterit nomine omnium & singulorum, qui grauantur vltra solitam præstationem laudemii.

Quantum ad quartam attinet quęstionem, coram quo iudice ac magistratu causa † hæc institui & mo- 19
ueri debeat ac possit; obseruādum esse existimamus, secundum ea quæ proponuntur, multas ac diuersas personas esse, aduersus quas iudicium institui debet. Inprimis est Illustriss. & Reuerendiss. Do. Episcopus. Deinde Reuerend. eius Capitulum. Tertio sunt alii prælati ecclesiastici & sæculares domini, monasteria & nobiles non eius imperio subiecta.

Secundo illud in iure etiam perpendimus, conti-
nentiam † causæ diuidendam non esse *l. nulli. C. de iu-* 20
dicis. quod intelligitur etiam respectu plurium personarū, quando videlicet eiusdem causæ plures sunt rei sub diuersis iurisdictionibus, & ad eundem finem agitur, quo casu non coram diuersis, sed coram superiore omnium iudice, puta corā Imperatore, vel Camera Imperiali omnes conueniendi sunt, vt declarat Andr. Gail. *lib.* 1 *obser.* 32. *n.* 3.

Tertio animaduertēdum existimamus, constitutionem esse specialem Cameræ Imperialis, quando
ciuitas municipalis siue † ducalis ipsum Principem 21
dominū suum, in ius vocare vult in prima instantia qui est casus noster, & formam tradit hoc in casu seruandam, vt patet in ordinationibus Cameræ, *part.* 2. *tit.* 4. cuius tenorem hic adscribendum non putauimus, cum notissima sit constitutio, & facile haberi possit & legi: in cuius constitutionis fraudem, etiā ex illo capite, ne continentia causæ diuidatur, processum ad Cameram Imperialem trahi non posse, monet idem Andr. Gail. *loco proxime citato. n.* 2.

Quarto illud etiam cōsiderauimus Capitula Ca-
thedralium ecclesiarū non † censeri inter status im- 22
perii, & ideo non esse imperio immediate subiecta. Quamobrem in causis ciuilibus conuenienda esse coram suis ordinariis magistratibus metrapolitano vel Episcopo, vt declarat idem Andr. Gail. *lib.* 1. *obser.* 30. *n.* 2. 3. & *seq.* His ita cōstitutis & præmissis ad quæstionem propositam respondemus, pro diuersitate personarum in hac facti specie, diuersos iudices adeundos, tum quia non omnes Imperio subiecti sunt, tum quia inter eos Illustriss. & Reuerendiss. Do. Episcopus & Princeps, priuilegium singulare obtinet primæ instantiæ, ex dicta ordinatione Cameræ.

Quamobrem quod attinet ad ipsum Principem conueniendum, existimamus seruandam esse in hac prima instantia ordinationis Imperialis formam, vt nimirum conueniatur coram suis consiliariis primo, deinde coram aliis, vt habetur in dicta ordinatione, cuius forma seruanda erit.

Quan-

Quantum vero attinet ad Reuerend. eius Capitulum & monasteria si quę sunt, vel alios si qui sunt, qui Romano Imperio subiecti non sint, aduersus illos iudicium instituendum erit coram ordinariis, puta Episcopo, vel Metrapolitano, vel Summo Pontifice, si forte aliqua monasteria essent exempta ab ordinariis Magistratibus. Quod vero attinet ad alios Dominos & Nobiles qui sunt Imperio Romano mediate vel immediate subiecti quãquam sub diuersis iurisdictionib. sint, si modo mediate vel immediate Imperio Romano subiecti sunt, ne cõtinẽtia causę diuidatur, poterunt omnes conueniri in Cam Imperiali, tanquam supremo omnium iudice & magistratu, secundum ea quæ supra præmisimus, ne continentia causæ diuidatur *l. nulli. C. de iud. c. 1 ff. de quib. reb ad eundem iudicem eatur.* Andr. Gail. *d. lib. 1. obser.* 32 Mynsing. *cent. 1. obser. 4. & obs.* 60. quæ diuisio approbata est per constitutionem Imperii Romani promulgatam Spiræ, anno 570. teste Schradero *part. 10. sect. 4. nu.* 68. Et hæc de quarta quęstione nobis occurrunt dicenda.

Sequitur quinta quæstio; Quænam competat actio Ciuibus H. siue communitati eorum nomine iudicium instituere volenti, vt non cogatur soluere vltra solitam quantitatem sex nummorum pro quolibet floreno. Ad quam quæstionem hoc ordine responsum adferemus, vt primo actiones & remedia competentia proponamus; deinde quod remedium nobis videatur vtilius indicemus.

23 Primum itaque, actio † competere potest *ex l. diffamari. C. de ingenuis manum.* non quidem ex Imperii constitutione, ad fundãdam iurisdictionem Cameræ Imperialis, in præiudicium primæ instantiæ; quia illa locum habet tantum in causis turbatę pacis publicæ atrociũ iniuriarum, & similibus casib. ad scandalum spectantibus, vt declarat Andr. Gail. *lib 1. obser.* 9. sed prout iure communi obseruatur & receptũ est. Sic enim iure communi receptum est beneficium, *d. l. diffamari.* locum habere in omni genere causarum ciuilium & criminalium, tam personalium quam realium, vt late declarat citatis authoribus Andr. Gail. *loco proxime citato. n.* 2. & ante eum Philip. Portius *commun opin. lib. 1. concl. 19. in prima ampliatio.* Gabriel. *lib. 2. commun. concl tit de actio. concl. 6. n.* 2. Hoc enim in casu probari potest diffamatio partis aduersæ, quæ ex singulis florenis tres cruciferos nomine census exigit, vt in facto proponitur: quare non videtur dubitãdum, quin hęc actio institui ac proponi possit Non tamen consulimus, vt hoc remedium intendatur, propter iudicem qui adeundus est, ipsius nimirum diffamati, non autem diffamatoris, ex traditis per Andr. Gail *loco annotato.* & Gabriel *vbi supra n.* 41. quod esset graue & incommodum ciuibus, quia causa tota esset à Magistratu ipsius Principis cognoscenda, qui vnus est, ex aduersariis in hac causa.

Secundum remediũ est vtilis actio negatiua quæ
24 non solum pro seruitutib. sed etiam pro † omnibus iuribus incorporalibus competit ex communi Dd. sententia, cuius fidem facit Iason *ad l. si prius. ff. de ope. nou. nunc.* Poterit enim ea actione proposita peti & in libello concludi, vt declaretur, ius non competere aduersariis exigendi plus quam hactenus secundum antiquissimam consuetudinem exactum sit census nomine, & ideo illis prohiberi, ne plus exigãt, quam consuetũ sit & exactũ fuerit à tempore immemoriali.

Tertium est officium iudicis ex Baldo *in c. significante. col. pen de ap. ella.* vbi late disputat an † confessoria vel quasi cõpetat, an vero potius iudicis officium;
25
& concludit iudicis officium competere, pro iuribus incorporalibus, quæ seruitutes non sunt. Et confirmari potest hæc sententia ex traditis per eundẽ Bald. *ad l. 1. C. eorum. de manumiss.* vbi scribit officium iudicis competere subditis aduersus dominum qui in sua pacifica libertate & possessione turbantur, & molestia afficiuntur: quia per iudicis officium oppressis succurritur, *l. cum satu. §. caueant. C. de agricolis receptis. lib. 11.* qui text. loquitur in terminis nostris *l. illicitas. ff. de off. præsidis.* idem sensit Petr. Rebuff. *ad regias constitutiones Galliæ. tomo 3. tit de materia possessoriis artic. 5. Gl. 1. nu.* 16. vbi scribit in Gallia literas nouitatis (quod est remedium possessorium) non concedi subdito aduersus dominum, sed dari vel iudicis officium, vel vtilem confessoriam.

Quartum remedium est ex vtili † interdicto vti 26 possidetis, quod competit etiam pro iuribus incorporalibus, vt tradit Menoch *de retinen. possess. remed. 3. num. 122. 123. & seq. & n. 131. & n 134. & n. 137. & n 139.* quibus in locis docet competere ei qui turbatur in quasi possessionem iuris sui, etiam subditis cõtra dominum, puta iuris depascendi, decimas exigendi, & personalis præstationis, *& nu.* 103. vbi docet, competere, pro quasi possessione seruitutis. Ergo competit etiã hoc in casu nostro ciuibus H turbatis in possessione sua soluendi tantum sex nummos, ratione laudemii ex singulis florenis, ratione bonorũ censualium: nam antiquam hanc, & longissimo tempore continuatam possessionem ostendere possunt, vt in facto nobis proponitur. Turbationem vero non solum verbalem, verum etiam realem probare possunt secundum ea quæ in factó proponuntur.

Ex his omnibus hoc postremũ videtur nobis vtilius, quia possessorium † est remedium & cõsequen- 27 ter præponendum petitorio, *l. si quis desti nauit. ff. de rei vind.* Et tanto magis quia cum causæ continentia diuidi non possit, idem erit iudex petitorii, qui & possessorii fuerit *l. nulli. C. de iudi. c. 1. de cau. poss ff & propriet.* Andr. Gail *d. obser 32. lib. 1.* Et quia magnum est commodum possessionis. § *commodum. inst. de interd.* quare ciues H. si obtinuerint in possessorio, incumbet aduersariis onus probandi & petitorium instituendi, *iuxta l. . ff. vti possidetis.*

Quomodo autem actio instituenda sit, quã sextó loco quæstionem posuimus, non est difficile intelligere, si quidem libellus erit exhibendus, in quo narratio contineatur. Ciues H. esse nunc temporis, id est, litis contestatæ in dicta quasi possessione, non soluendi vltra sex nummos pro quolibet floreno, ratione bonorum censualium; sicut in facti specie nobis proposita continetur, illamque antiquissimã esse consuetudinem, & etiam præscriptionem temporis longissimi & immemorialis, narrandũ erit, & postea de turbatione & inquietatione tam verbali quã reali aduersariorũ mentio erit facienda, appellando illam iniustam molestationem, vel sine iusta causa factam, & ideo concludendum erit & petendum, adiectis clausulis salutaribus aduersarios condemnari ad desistendum ab huiusmodi turbatione, & molestatione, & præfatos ciues defendi & conseruari, in dicta possessione antiquissima, & contradicentes & turbantes in expensas condemnari.

Non erit etiam inutile in libello capitulum adiicere, in narratione, quod petitorium respiciat, videlicet dictam antiquissimam & immemorialẽ possessionem vim habere priuilegii & tituli ac iuris legitime constituti, & præscriptionis legitimæ & efficacis. Nam huiusmodi narrationis capitulum, respiciẽs petitorium hoc operatur, vna cum clausula salutari.

Petens

petens sibi ius & iustitiam ministrari, non tantū modo & forma prędictis, verum etiam omni alio meliori modo, in calce libelli adiecta, vt si actor non probauerit sufficienter possessionem sed proprietatem,
18 ius siue dominium possit in petitorio † obtinere, licet in possessorio libelli cōclusio facta sit, vt tradunt communiter Dd. Ias. *ad l. naturaliter. §. nihil commune. n.191. ff. de acq. poss.* & ibidem Ripa *n.199.* Menoch. *de recup poss. in prælud. n.16* And. Gail. *lib.1 obser.61. n.11.* vbi testatur sic pronūciatum fuisse in Camera Imperiali.

Post hæc probationes lite contestata exhibendæ erunt de quibus mentio fit in informatione facti ad nos transmissa, & elaborandum erit summa ope, vt legitime probetur dicta possessio antiquissima soluendi tantum sex nummos pro quolibet floreno, testibus, libris censualibus, & aliis documentis, quæ haberi poterunt. Quod si partis aduersę exceptiones & iura nobis essent cognita, potuissemus facile intelligere quid sperandum esset in hoc iudicio, si alias ea de re fuerimus consulti, pro iustitia respondebimus.

Ad vltimam quęstionem quod attinet quid agendum, vt qualitas illa bonorum defendatur, quod videlicet censualia sint, non autem emphyteutica. Ad hoc respondemus, non videri nobis consultum, vt actio eo nomine proponatur à ciuib. prædictis, quia ipsi fundatam habent de iure intētionem per ea quæ deduximus in prima quæstione eā ob causam, quod in dubio bona potius censualia esse præsumantur, quam emphyteutica: secundum communiorem & veriorem Doctorum sententiā, vt in prima quæstione dictum est. Sed si aduersarii litem ipsi eo nomine intendere voluerint, poterunt ciues secundū ea quæ à nobis proponuntur optime se tueri, allegando bona esse censualia, ex causis supra deductis. Nam nisi aduersarii ostenderint cōtrarium, quod sint emphyteutica, procul dubio succūbent, & causam amittent.

Et licet de facto diffamationes aliquas, & minas audire soleant, tamen si realiter non molestētur, non est quod litem ipsi moueant, cum possideant, bona tanquam censualia, & est consultius, vt onus agendi aduersariis relinquant. Atque hæc habuimus quæ de tota hac consultatione secundum informationem nobis transmissam de iure respondemus.

Andr. Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Republica A.

ARGVMENTVM CONSILII V.

Agitur de opere facto demoliendo an dicatur factum nomine publico? An Resp. in integrum restitui possit aduersus spretam noui operis nunciationem? Et de probatione læsionis qualis esse debeat.

SVMMARIA.

1 *Qui per alium facit per se ipsum facere videtur.*
2 *Statutum de faciente an contineat mandantem.*
3 *Ratificatio trahitur retro.*
4 *Aliud est vniuersitas, aliud personæ singulæ.*
5 *Factum vnius alteri non nocet.*
6 *Si homines vniuersitatis deliquerint, ipsi sunt puniendi, non autem vniuersitas.*
7 *Ex scientia & patientia præsumitur mandatum.*
8 *Patientia loco mandati habetur.*
9 *Mandatum ad lites præsumitur ex scientia & patientia.*
10 *Mandatum ex quibus præsumatur.*
11 *Nemo præsumitur ignorare iura.*
12 *Lata culpa est ignorare iura.*
13 *Delictum non præsumitur.*
14 *Opus demoliendum est spreta noui operis nunciatione.*
15 *Nemo præsumitur iactare suum.*
16 *Mandatum præsumitur ex qualitate personæ.*
17 *Verisimile attendendum est, ex eoque interpretatio fieri debet.*
18 *Mandatum gratia solius mandatarii dicitur consilium.*
19 *Reip. interest subditos habere locupletes.*
20 *Ratihabitio ex quibus præsumenda.*
21 *Vniuersitas quādo dicatur ratificare gesta per Syndicum.*
22 *Culpa non caret qui scit & prohibere potest.*
23 *Ratum haberi nō potest nisi quod nomine nostro gestū est.*
24 *Quomodo hæc regula procedat.*
25 *Quando aliquid dicatur factum à Repub.*
26 *Syndicus vniuersitatis, vt constituatur quid requiratur.*
27 *Ratificatio requirit easdem solennitates, quas actus principalis.*
28 *Et quando inducatur ex actibus tractum temporis requirentibus.*
29 *Tacita ratificatio non requirit solennitates quas requirit expressa.*
30 *Nunciatio sperni potest quando est notorium non competere ius nunciandi.*
31 *Multa dicuntur notoria quæ non sunt.*
32 *Mandatum non præsumitur.*
33 *Facta non præsumuntur.*
34 *Ratificatio non præsumitur.*
35 *Idem facere per se & alteri mandare.*
36 *Aliud est vniuersitas, aliud singuli ciues.*
37 *Quomodo probetur factum aliquid ab vniuersitate.*
38 *Resp. siue vniuersitas quomodo possit aliquid statuere.*
39 *Et quæ requirantur.*
40 *Quod meo nomine gestū non est, ratū habere non possum.*
41 *Limita, vt ibi.*
42 *Lim. ibi.*
43 *Ponitur alia limitatio.*
44 *Et ibi iterum declaratur.*
45 *Patientia inducit mandatum.*
46 *Et quid in vniuersitate.*
47 *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.*
48 *Patientia quando loco mandati habeatur.*
49 *Ciuitas non vtitur iure minorum.*
50 *L. Resp. C. ex quib. caus. maio. non habet locum in aliā Resp. quam Romanorum.*
51 *Minori restitutio non datur aduersus spretam operis noui nunciationem.*
52 *Vide iterum ibi.*
53 *Minor non restituitur aduersus alium minorem.*
54 *Quod declaratur ibi.*
55 *Læsio probanda, vt minor restituatur.*
56 *Restituendus non est qui potuit consulere peritiores.*
57 *L. Resp. C. ex quibus caus. maio locum habet in omni Rep.*
58 *Et est communis sententia.*
59 *Nunciatio censetur remissa per cautionem.*
60 *Minor restituitur aduersus cautionem non præstitam.*
61 *Alciati Doctr. in l. 1. §. nunciatio n. 66. de op. no. nun. expenditur.*
62 *Causa noui operis nūciationis intra tres mēses expediēda.*
63 *Instantia tempus non seruatur in Camera Imperii.*
64 *Iudex debet cuncta rimari, & reprehenditur nimia festinatio.*
65 *L. 1. C. de op. no. nun. expenditur.*
66 *Et seruatur in Camera Imperii.*
67 *Et declaratur ibi.*
68 *Minor restituitur aduersus omissam probationem.*
69 *Princeps an vtatur iure minoris.*

70 Præ-

Implorato diuini numinis auxilio.

INterrogati sumus ab inclyto ac perillustri Ciuitatis A.Senatu super facti specie præmissa & duabus quæstionibus annexis, vt quid iuris, veritati & iustitiæ nobis consentaneum videatur pleno accuratoque responso palam facere non grauaremur: Qua sane in re operam ei nostram denegare haudquaquam potuimus, maxime quod muneri ac professioni nostræ nihil magis conuenire arbitrati sumus, quam responsa & consilia nost a postulantibus pro veritate & iustitia, prompte ac fideliter impertiri.

Ex præmissa igitur facti specie, prima hæc proponitur quæstio, an respublica A. virtute præfati mandati sine clausula, ad demoliendum opus supra dictum, ob patientiam in eo faciendo scienter præstitam, fabrosque & operarios ciuitatis ad illud necessarios ciuibus priuatim aquam modo supra dicto ducentibus non inuite sumptusque etiam (hosce tamen ab ipsis annuatim iterum recolligendos) accommodatos, iuste ac merito compelli possit, licet ipsa nomine publico nec opus fecerit, nec aquam duxerit, aut fieri vel duci curauerit.

Huius quæstionis definitio nobis pédere ex duobus potissimum articulis videtur, qui proinde à nobis late examinandi & discutiendi sunt. Primus est an propter scientiam & patientiam in eo opere faciendo ciuibus præstitam, fabrosque & operarios accommodatos ac sumptus etiã suppeditatos, constare dicatur opus prædictum iussu & mandato Reipub. factum fuisse, ad effectum, vt Respub. virtute mandati sine clausula ad demoliendum iuste ac merito compelli possit. Secundus an si non probetur ex his mandatum præcessisse ipsius Reipub. & Senatus A. verum saltem ratificatio ex his probetur ipsius Reipub. quæ retrotrahi & mandato comparari ad eundem finem & effectum debeat. Nam si nec mandatum nec ratificatio prædicta ex memoratis actibus probetur, consideratis omnibus facti & personarum circumstantiis, de quibus in proposita specie fit mentio, certum est, Rempub. non teneri nec conueniri & compelli posse ad dictum opus demoliendum, virtute dicti mandati sine clausula, cum ipsa nomine publico nec fecerit, nec fieri curauerit opus de quo agitur.

In his duobus articulis, vt dicebamus, omnis difficultas quæ circa primam quæstionem versatur, nobis consistere videtur. Nam si Respub. mandasse opus faciendum ciuibus intelligatur, ac de iure censeatur, propter scientiam & patientiam & aliã supradicta: perinde est ac si ipsa opus fecisset. Etenim notissima est iuris regula, qui per alium facit per † se 1
ipsum facere videtur. *l. 1 §. deiecisse. ff. de vi & vi armata. l. 15. damnum. ff. de reg. iur. l. non solum. §. si mandato. ff. de iniur. l. non ideo minus. C. de accusat. l. si quis id quod ff. de iurisdict. omn. iud.* vbi edicto tenetur is qui suis manibus facit vel alii mandat *. ex. notab. in c. mulieres § vlt. ex. ra. de sententia excommun.* vbi Summus Pontifex eum vere delictum committere inquit, cuius authoritate vel mandato delictum committi probatur.

Et hæc conclusio quod mandans intelligatur facere, vsque adeo vera est, vt non desint magni nominis & authoritatis Doctores, qui statutum de faciente † loquens & mandanté proprie continere respon- 2
derint, & quidẽ in odiosa & pœnali materia, vt videre licet ex Iasone *in d. l. si quis id quod. num. 36. ff de iurisdict. omn. iud.* Iulio Claro *in pract. crimin. § fi. quæst. 89.* Iacobo Menochio *de arbitr. iud. casu 353.* quanquam teste Claro loco proxime citato magis communiter Bartoli sententia sit recepta, nempe mandantem non dici proprie facere, sed vt ipse loquitur interpretatiue, quia videlicet perinde tenetur ac si fecisset.

Similiter est respondendum si A. respub. dicatur opus factum quo de agitur ratificasse. Est enim regula iuris certissima, ratihabitionem † retrotrahi & 3
mandato comparari *l. vlt. C. ad Macedon. l. semper qui non prohibet ff. de reg. iur. c. ratihabitionem. de reg. iur. lib 6.* quod procedit tam in contractibus quam etiam in delictis quanquam hic in delicto non versemur *l. 1 §. sed etsi cum quis. ff. de vi & vi arm. c. de homicid. in 6. c. cum quis. de sent. excom. lib. 6.* late Osascus *decis. Pedemon. 138. num. 4.*

E contrario si hæc omnia prorsus cessarent, ita vt nec mandasse, nec ratificasse Respub. videretur, nec ipsa facti qualitas & natura ipsam obligaret: procul dubio respondendum esset, eam compelli non posse ad opus demoliendum, virtute dicti mandati absque clausula. Neque enim factum ciuium singulorum vniuersitati siue reipublicæ † nocere debet, aut 4
eam quoquo modo obligare. Aliud enim est vniuersitas, aliud personæ singulæ vniuersitatis *l. sicut ff. quod cuiusq. vniuers. nom.* Et ideo nocere non debet factum alterius ei, qui nihil fecit vt in specie docuit Iureconsultus, de illo verba faciens, qui spreta operis noui nunciatione ædificauit *in l. de pupillo § si plur. ũ. ff. de ope. non. nunc.* Hinc communi omnium sententia receptum est si homines vniuersitatis deliquerint † eos 5
esse puniendos, non autem vniuersitatem *per text. in l. semper. § in sepulchro. ff. quod vi aut clam.* ibi *si tamen proprio quisque eorum hoc fecerit cõsilio cum omnibus esse agendum, &c.* Castren. *in l. si quis id quod. num. 14. ff. de iurisdict. omn. iud.* Glo. *in d. l. sicut. § 1. ff. quod cuiusque vniuers. nom.* Bart. *in l. aut facta. § vlt. num. 9 ff. de pœnis.* Bald. Alberic. Angel *in l. metum. §. animaduertendum. & ibi* Gl. *in verb. collegium. ff. quod metus causa.* Ancharan. Panorm. Card. Felin. *in c. dilectus 2. de simonia.* Oldradus *in cons. 64. & 315.* Angelus *in cons. 246 & 165.* Iason *ad l. ciuitas. num. 2. ff si certum pet.* Felin. *in c. cum omnes num. 25. de constit.* Afflictus *decis. 376. n. 1.* Natta *in cons. 83. n. 9. lib 1.*

De singulis igitur ordine dispiciemus, in vtrãmque partem disputatione pro more nostro instituta.

Quod igitur ad primum de mandato attinet, videbatur † nobis prima, vt aiunt, facie respondendũ, 6
ex iis quæ proponuntur: Rempub. A. opus de quo agitur faciendum mandasse, & consequenter ex mandato dato non aliter obligatã videri ad opus demoliendum, ac si ipsa fecisset, si quidem, vt iam dictum est su-

est superius, is qui mandat aliquid fieri, vel propriè, vel saltem iuris interpretatione facere videtur: Ita respondendum videbatur sequentibus argumentis.

Primum est ex scientia & patientia quę nobis presupponitur ex facto, si quidem respubl. sciuit & passa est opus illud fieri. Nam ex scientia & patientia
7 præsumitur † mandatum *l. si remunerandum. §. si passus. l. qui patitur. ff. mandati. l. 1. §. scientiam. ff. de tribut.* notat glo. & Bartol. *in l. 1. ff. de neg. gestu.* Socin. Iun. *in cons. 115. n. 16. 27. lib. 2.* Mynsinger. *obser. 79. cent. 4.* Rim. Iun. *in cons. 349. n. 3.* Curtius qui communem testantur *in cons. 175. n. 9.* & alii infra quoque allegandi Hinc iure proditum est Vniuersitatem posse per particularium possessionem præscribere absque mandato, si modo scientia & patientia interuenerit,
8 quia patientia † loco mandati habetur, Cæpolla *de seruit. rusticor. præd. cap. nono. num. 25.* Hier de Monte *in tract. de finibus. cap. 72. n. 8.* Afflict. *decis. 376. n. 6.* Curtius senior *in cons. 76. n. 6.* Parisi. *in cons. 111. n 64. Vers. tamen aduertendum est. lib. 1.* Iosephus Mascardus *de probationib. vol. 3. concl. 1189. n. 16. 17. 18. & sequen.*

Sic & mandatum ad lites & causas in iudicio præ-
9 sumitur † ex domini scientia & patientia, ex doctrina Innocentii *in c. ex parte Decani. de re iudi.* quam sequuntur Abbas *in cons. 7. in 2. dub. lib. 2.* Guido Papæ *quæst. 40* Alexand. *ad l. sæpe. col. 1. ff. de re iud. & in cons. 157. n. 12 lib. 2.* Felinus *in c. cum olim. n. 7. de off. deleg.* Crauetta *de antiq. tempor. in 6. particula. primæ partis principalis. n. 57.* Tiraquellus *de præscriptio. Glo. 4. §. 1. vers. trigesimo primo.* Rota Romana *decis. 454. in nouis.* Mascard. *de probationib. vol. 2. concl. 1006. n. 18.* Menochius *de præsump lib. 2. cap. 33. n. 7.*

Cum igitur Respublica & sciuerit, & passa fuerit opus illud extrui & confici, talis scientia & patientia vim habere mandati intelligitur.

Secundum argumentũ ad mandatum ipsium reipublicæ A. præsumendum ac probandum est ex eo, quod non solum patientiam vt dictum est accommodauit, verum etiam fabros & artifices ad opus conficiendum: quin imo etiam pecunias necessarias, sicut igitur mandatum tunc præsumitur alicui
10 datũ ad causam in iudicio peragendam cum † ei tradita sunt instrumenta ad causam pertinentia, ita etiam in extraiudicialibus idem respondendum videtur, cum omnia instrumenta & auxilia necessaria ad rem perficiendam subministrantur, videri mandatum opus perficiendum, Argumento à simili desumpto. Ex traditione autẽ instrumentorũ, ad causam pertinentium, mandatum datum censeri ad causam agendam colligitur *ex l. vlt. C. de pactis conuentis.* vt per Io. Andr. Baldum, Abbatem & Felin. *n. 9. in c. coram. de off. deleg.* Roman. *in cons. 44. n. 10 & singul. 637.* Cassiodorus *decis. 3. de procurat.* Castren. & Alexan. *in l. 1. C. de procuratorib.* Guido Papæ *in cons. 68. n. 1.* Crauetta *in cons. 80. num. 5.* Rebuffus *in tractatu nominationum. q. 14. num. 109.* Ripa *in rub. ff. de acq. poss. ff. nu. 3. in fine.* Mascardus *de probationib. vol. 2. conclu. 1009.* Menochius *præsump. lib. 2. cap. 34. nu. 3. & nu. 6.*

Tertium argumentum sumi potest ex eo quod nequaquam verisimile sit ciues & accolas artificesque illos nempe molitores, Pannorum tinctores, Papyrifices & alios, post operis noui nunciationem illis factam nomine Illustrissimi & Reuerendissimi Episcopi M. per iactum lapilli in re præsenti aulsuros fuisse, opus ipsum prosequi & perficere nisi iussu & mandato senatus & reipubl. A. inducti fuissent, probatur coniungendo & considerando simul duas iuris regulas & personarum qualitatem. Prima est iu-
11 ris regula, Neminem præsumi † ignorare iura *l. leges sacratissimæ. C. de legib.* aut errore & ignorãtia iuris aliquid fecisse. Bartol. *in l. sed & si lege §. scire. n. 3. ff. de petitio. hered. & in l. non fatetur. numer. 12. ff. de confess.* Alexand. *in consil. 121. nume. 14. lib. 4.* Corneus *in cons. 17. nu. 5. & in cons. 226. col pen. lib. 1. & in cons 33. lib. 4.* Socin. senior *in cons. 59. n. 17. lib. 3. vers. præterea.* Ruin. *in cons. 126. n. 13. lib. 2. & in cons. 159. n. 23. lib. 3.* Crauetta *in cons. 255. n. 5. in cons. 390. n. 16. in cons. 854. n. 12. & in cons. 861 n 10.*

Et ratio est quod lata culpa est ignorare † iuris dis- 12
positionem, q̃ scire omnes debent, vel per se vel per alios quos consulere possunt peritiores, Bartol. *in l. iuste. in fine. ff de acquir. poss. ff.* Alex. *in cons. 43. col. vlt. lib. 6.* Socin. sen. *in cons. 108. n. 11. vers. & licet iuris ignorantia lib 1.* & Crauetta *in cons. 671. n. 11.* Quarũ lata culpa adscribitur vt isti dicunt. Culpa † vero & deli- 13
ctum non præsumitur *l. merito. ff. pro socio.* Menochius *de præsumpt lib. 6. præsump. 23. n. 10.*

Iura vero aperte disponunt, ædificantem contra operis noui nunciationem absque legitima impetrata † remissione, teneri ad opus demoliendum *l. 1. §. sed si n. l. prætor ait. in prin. & in §. ait prætor ff. de oper. no. nun. & in l. 1. ff. de remissio. & alibi.* 14

Igitur hæc iura sciuisse præsumuntur ciues A. & artifices & alii qui ædificarunt post nunciationem factam.

Secunda est regula: Nemo præsumitur † iactare 15
suum, *l. cum de indebito. ff. de probation.* ex qua regula late argumentantur doctores passim, ac in specie ad mãdatum præsumendum, vbi quis alioquin videretur suum iactare vt per Rotam *decis. 2. tit. de causa poss. & propriet.* Menoc. late *de præsumpt lib. 2. præs. 33. n. 5.*

Cum igitur illi qui opus perfecerunt ignorasse iura non præsumantur, nec voluisse sumptus inaniter iactare & prodigere, sequitur dicendum magnam esse coniecturam eos omnia fecisse iussu & mandato Reipub. A. præsertim considerata illa circumstantia, qualitatis personarum, quia sunt artifices & viles personæ, non autem nobiles & diuites, quæ facile possint aut velint sua prodigere pecunias, sicuti per demolitionem operis faciendam prodegisse viderentur, quam quidem personarum qualitatem alias † ad mandatum præsumendum scilicet quod 16
alterius mandato aliquid fecerint perpendunt doctores in specie, Socin. iun *in cons. 135. n. 27 lib. 2.* refert & sequitur Mascardus *de probat. vol 3 concl. 1189. n. 14.*

Argumento igitur à verisimili desumpto, præsumendum est, omnia facta fuisse à dictis accolis & ciuibus iussu & mandato senatus A. quod quidem argumẽtum ab eo quod verisimile est magni esse momenti notissimum est ex eo, interpretari debere † o- 17
mnes contractus & hominum dispositiones, & omnes lites definiri *l. non est verisimile. ff. quod metus causa. l. peculium autem. §. 1. ff. de peculio. l. si filius. eod. tit. l. ob carmen §. vlt. ibi. quæ rei aptiora & vero proximiora ff de testib. l. Titia cum testamento. § qui inuita. ibi. non est verisimile patrem. de leg. 2. l. ex facto §. si quis autem susceperit ibi. quia non est verisimile. ff. ad Trebel.* cum aliis sexcentis legibus & authoritatibus, quas adducit Tiraq. *in præfatione ad l. si vnquam n. 37. C. de reuo. donatio.*

Non obstat si dicatur operis de quo agitur cõstructionem ad rempublicam A. minime pertinere, nec in eius commodum & emolumẽtum cedere, sed ciuium potius & artificum qui illud construendũ procurarunt, vt scilicet aquæ profluentis commodum

habeirent & proinde nequaquam esse verisimile, id mandatum fuisse à senatu ac rep. A. imo tale mandatum vtpote gratia solius mandatarii superfluum vi-
28 detur fuisse, & † nullam producens obligationem quasi consilium potius quam mandatum *l. 2. ff. mandat. & in instit. eod. tit. in §. 1.*

Nam respondetur secundario saltem negotium de quo agitur ad remp. pertinere & in eius vtilitatem
29 cedere quia reipub. interest † subditos habere locupletes & diuites *l. 1. §. & si. vers. publice. de ventre insp.* sic & ad officium Principis spectat priuatorũ commoda procurare *vt in Auth. de restit. & ea quæ parit. & c.... §. quam ob rem.* Et amare suos subditos debet tanquam filios & nepotes. late Hippol. Riminal. *in cons. 59. n. 70. lib. 1.* Menoch. *in cons. 403. n. 14. lib. 5.* Sic & vniuersitas erga ciues & accolas suos loco patris esse debet, vt dicebat Bald. *in cons. 288. col. 1. lib. 1* & Crauetta *in cons. 45. n. 1. vers. addo quod.* Menoch. *in cons. 28. n. 32. lib. 1.* quo pertinet illud Ammiani Marcellini *lib. 29.* nihil aliud esse imperiũ, vt sapientes definiũt, nisi curam salutis alienæ: Plura alia in hanc sententiam adferri posse de quibus apud Petrum Fabrum *in comment. ad tit. ff. de iust. & iure.*

Ex quibus omnibus si nõ singulis, attamen simul iunctis, videbatur dicendum omnia quæ à ciuibus & accolis illis gesta proponuntur, mandato senatus ac reipub. gesta fuisse.

Quod si non mandato reipub. gesta fuisse præsumantur, negari nõ posse videbatur, quin eius saltem consensu gesta fuerint, ita vt respub. rata dicatur omnia habuisse, quæ facta fuere, ac proinde obligetur quasi ex mandato gesta fuerint. Nam ex scientia & patientia, & ex aliis actibus, de quibus dictum est, nempe fabris & operariis ad opus faciendũ accommodatis, & pecuniis etiam suppeditatis, non improbabiliter dici posse videbatur reip. cõsensum ac ratihabitionem esse præsumendam.

20 Primo † ex *l. 1. §. magistrum autem. ff. de exercito.* ibi. *si scit & passus est cum in naue magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur & in l. 1. C. de acqu. poss. ff.* vbi possessio emptori tradita videtur à domino, qui scit & patitur illum esse in possessione. Secundo quia ratificatio præsumitur & inducitur ex scientia & patientia, tradit Innocen. *in c. ex parte. de rescrip.* Io. Andr. *in c. cum in iure. de off. deleg.* Capra. *in cons. 55. n. 13. 16. 17.* Mascardus *de probat. vol. 3. concl. 1255. n. 23. 26.* Tertio quia nõ solum verbis sed etiam factis ratificatio inducitur *l. Paulus respondit. ff rem ratam haberi.* imo plus est facto quam verbis animum declarare & ratificare, vt dicebat Grammaticus *cons. 13. n. 3. & est tex. in c. dilecti filii 2.* & ibi Decius *in 2 notab. de appell.* Iacobus Menochius late *de recup. possess. remedio 15. n. 118.* In hac autem specie non solum scientia & patientia interuenit, sed etiam facta interuenerunt. Nã & pecunia suppeditata & ad ministerium operis homines necessarii accõ-
21 modati. Hinc receptum est, vniuersitatẽ gesta † ratificare per Syndicum non legitime constitutum si soluat expensas per eum factas. Specul. *tit. de Syndico. vers. sed pone quod vniuersitas.* Alexan. *in cons. 127. col. 1. & 175. in fine lib. 5.* Decius *ad l. semper qui non prohibet. n. 8. de reg. iur.* Mascardus *de probation. vol. 3. concl.*
22 *1255. n. 48.* Denique † huc pertinent illę iuris regulæ, culpa non caret, qui scit & prohibere potest, *l. culpa caret à contrario sensu. de reg. iur.* Et semper qui nõ prohibet consentire videtur, *l. semper qui non prohibet. eod. tit.* Et non caret scrupulo societatis occultæ, qui cum potest manifesto facinori desinit obuiare. *23 q. 3. c. non inferenda. & c. qui potest. & c. quanta. in fine. de sent. excomm.* Et de communitate quæ scit & patitur delictum fieri, quod prohiberi potest, quod teneatur, late respondit Paul Castr. *in cons. 423. quia scio. lib. 1. in 2. col.* refert & sequitur Decius, *in l. culpa non caret. n. 2. de reg. iur.* Hoc autem opus fieri Resp. sciuit & nõ solum non prohibuit fieri sed iuuit, vt patet.

Nec obstare præmissis videbatur, si diceretur ratum haberi non posse † nisi quod nomine alterius 23
gestum est *c. ratum. de reg. iuris lib. 6. l. si pupilli. §. sed si ego. ff. de neg. gest. l. si seruus ff. de precario c. cum quis. de sent. excom. in 6.* & consequẽter nisi probetur opus factũ fuisse nomine reip. A. ratificari à dicta rep. non posse.

Quia respondetur in præiudiciũ ratificantis posse ratificari etiã id † quod eius nomine gestum nõ est, 24
vt notat Bartol. *per illum textum in l. si fundus. §. 1. ff. de pigno.* Glo. *in d. c. ratum. de reg. iur. lib. 6.* Cagnol. *in l. semper qui non prohibet. n. 22. de reg. iur.* Grammat. *decis. 105. n. 12. vers. sed quoad præiudicium.* Tiraquell. *de retractu lignagier. §. 1. Glo. 9. n. 245.*

Deinde non obstat, si etiam obiiciatur, nec mandatum nec ratihabitionem allegari posse, ob aliam causam, quia scilicet vt aliquid à repub. factum esse dicatur necesse sit, id fieri præcedente consilio conuocatione & congregatione ciuium ac deliberatione, quod in casu nostro factum non præsupponitur nec præsumi potest, consequenter nec tacite etiam approbatum & ratificatum videri posse. Quod enim requiratur illa congregatio & deliberatio alioquin factum à repub. non dicatur, sed tantum ciues qui fecerunt † teneantur, communis est doctorum sen- 25
tentia, vt patet ex doctoribus superius allegatis *in §. neq; enim facit m singulorum.* quibus addi possunt qui comemorantur à Mascardo *de prob. vol. 3. concl. 1415.* Et licet loquantur de delicto, eadem tamen est ratio in cæteris negotiis & actibus, vt nõ imputentur vniuersitati, nisi præcedente consilio & deliberatione ciuium gerantur. Hinc dicimus ad Syndicũ & procuratorem vniuersitatis † nomine constituendum 26
necessarias esse duas partes ex tribus ciuium, *l. 3. & 4. ff. quod cuiusq; vniuers. nom.* Decius *in c. cum omnes. n. 21. de constit.* Kirchoffius. *comm. opinio. cent. 5. concl. 6.* Et generaliter in omnibus aliis actibus vniuersitatis necesse esse, vt duæ partes ex tribus interueniant, probat tex. *in l. nominationum, C. de decurio. lib. 10.* notat Bartol. *in l. 1. ff. de albo scriben. in l. omnes populi. 2. quæst. prin. n. 15. ff. de iust. & iur.* & alii, vt per Hipp. Rimin. *in cons. 164. n. 8. lib. 3.* Ratificationem vero & † appro- 27
bationem easdẽ requirere solennitates quas requirit actus principalis, post Corneum, Decium, Abb. & Francum quos citat, tradit Osascus *decis. Pedem. 138. n. 6. vers. nec obstare videtur, & n. 18. vers. non obstat dictum Angeli. & n. 26.* Facit tex. *in l. si vt proponis. C. de nup. & in l. nuptiæ. ff. de ritu nup.*

Non hæc vt dicebamus obstare videntur, quia in actibus qui causam successiuam habent, & non momentaneam, qualis fuit operis de quo agitur cõstructio, quæ temporis procul dubio interuallum requirebat vniuersitas propter scientiam & patientiam & auxilium præstitum tenetur, & actibus ciuium licet nõ præcedat cõgregatio & deliberatio. Et quod attinet ad ratificationẽ & approbationẽ vniuersitatis, vbi illa tacite & ex factis ipsis inducitur, & probatur, non requiruntur solennitates, quæ in expressa ratificatione sunt adhibendæ.

Illud primum q; de factis tractũ temporis successiuum † requirentib. dictũ est probatur ex traditis per 28
Anch. *in cons. 158. n. 12.* sequuntur Abb. Anan. & Fel. *in c. dilectus. de Simon.* Osas. *decis. Pedem. 138. n. 10.* alios

quam

[illegible] os [illegible] Masc. *de prob. vol. 3. concl. 1413. n. 16.* [illegible] Prosper Farin. *concl. crim. cap. 24. n. 131.*

29 Quod vero dictum est tacitā † ratificationem nō [illegible] solennitates, quæ requiruntur in expressa, [illegible] tradit is per Men. *de recu poss. remed. 9. n. 126.* [illegible] supra *n. 147.* Deniq; nō obstat si dicatur, [illegible] præsuppositis, nihilominus nō potuisse pœnale [illegible] sine clausula contra remp. decerni, de opere [illegible] demoliendo, licet enim opus factū post operis [illegible] nunciationē ante legitimā eius remissionem [illegible] sit, tamen secundum communem Dd.
30 [illegible] nunciationē, id non procedit † quādo notoriū est, [illegible] ius nunciandi non habere, sicut in facti [illegible] præsupponitur, Illust. & Reuer. Episc. A[illegible] ius [illegible] nō habuisse, id [illegible] notoriū fuisse vti declarat [illegible], Ruin. Crot. Alc. & alii *in l. 1. ff. de op. no.* & ibi [illegible] Spinoc. *li. 7. qu. in illā est* Geyl. *li. 1. obser. 16. n.* [illegible] respōderi potest, nō cōstare illud esse notorium, [illegible] Episcop. notorie no habuerit ius nunciādi.
31 [illegible] dicuntur † notoria quę nō [illegible] unt, & multa [illegible] ur, vt aliquod notorium dicatur, vt late [illegible] alios Masc. *de prob. vol. 2. concl. 1105. cum aliis* [illegible] quod verior de iure videtur Alberici [illegible] non posse nunciationē sperari, quamuis cō[illegible] habuisse nunciandi eum, qui nunciauit, [illegible] probatur *ex l. 1. ff. de op. no. nun.* ibi siue iure, siue [illegible] opus fieret. Verum istis & similibus quæ ad[illegible] possent minime refragantibus, contrarium de[illegible] ex his quæ proponuntur Remp. A. [illegible] mandati pœnalis, compelli non posse ad de[illegible] opus, de quo in proposita quæstione.

[illegible] autem nostræ sententiæ fundamentū est, quod cum Resp. publico nomine nec opus fecerit, [illegible] mandauerit; sicuti nobis ex facto præsupponitur, non possit etiam compelli, ad opus ipsum de[illegible] dum, eam ob causam, quod & scientiam & patientiam accōmodauerit, & fabros, & operarios, [illegible] quibus in facto est facta mētio. Quod qui[illegible] & planum facturos existimauimus [illegible] monstrabimus, nec mandatum reip. pro[illegible] nec aliud obligationis ge[illegible] illa obstringatur, vt proinde mādato il[illegible] ad demoliendum cogi possit.

[illegible] quod ad mandatum attinet, satis con[illegible] præsumi, sed probandum ab eo, qui
32 illud † [illegible] allegat, siue agatur de mandato [illegible] ad negocia, hęc est communis omniū [illegible], teste Iacobo Menochio *de præs. lib. 2. præsu.* [illegible] Masc. *de prob. vol. 2. concl. 1006. n. 1.* Cuius rei ra-
33 tio est, quia mandatum † consistit in facto & facta [illegible] præsumuntur, sed probari debent. *c. cum Ioannes. § [illegible] confessione. de fide instr. cum aliis vulgarib.* & quia [illegible] habere ius in re aliena nisi probe[illegible] *C. de prob.* vel aliquod officium nisi [illegible] *prob. ubi. um. C. de iure fisci. lib. 10.*

[illegible] hac regula fundatam habet resp. suam in[illegible] adeo vt contrarium alleganti & dicenti, [illegible] bere debeat probandi. Eademq; regula
34 [illegible] ratificatione, vt illa non præsumatur, sed probari debeat, teste Masc. *de prob. vol. 3. concl. 1255. n. 1.* [illegible] est enim notissima regula. Non obstat man[illegible] & ratificationē probari ex scientia & patientia, & aliis actib. quæ subsecuta sunt, quia inferius in suo loco ad hæc omnia respondebimus.

Secundo, fundatam habet intentionem resp. in a[illegible] cōmuni & vera Dd. conclusione, scil. ad hoc vt vniuersitas aliqua teneatur, & conueniri possit eo nomine quod aliquid fecerit, probādum esse, illud fecisse conuocato consilio, & deliberatione præmissa, alioqui licet non solū ciues aliqui, vt in casu nostro, sed etiā si omnes ciues aliquid faciant factū non adscribitur vniuersitati, sed particularib. qui fecerunt. Hinc idē prorsus respondendū, vbi probandum est, remp. aliquid fieri mandasse: cum perinde sit aliquid facere per se, vel alteri mandare. Superiorē † autem re- 35
gulā & conclusionē Dd. probant, textib. & rationib. Textib. *vt ex l. semper. §. in sepul. ff. quod vi. l. sicut. §. 1. ff. quod cuiusq. vni. in l. 2. C. de præd. decur. li. 10.* Rationib. etiā, quia aliud † est vniuersitas aliud singuli ciues, *l. in tantū §.* 36
vniuersitatis. ff. de rer. di. l. sed si hac. § qui manumittitur. ff. de in ius vocan. & cum ille constet ex omnib. ciuib. inter quos sunt multi qui nihil fecerunt, sequeretur eos ex aliorū factis & culpa damnū sentire, quod est iniustū vt tradit Glo. *in d. l. sicut. § 1. ff. quod cuiusq. vni. & l. si ex dolo. §. sed municipes in ver. posuit ff. de dolo.* Hanc itaq; cōclusionē firmant omnes Dd. & ex ea decisiones aliquot præclaras adstruunt. Nā ex hac ipsa cōclusione respondit Castr. *in cons. 104. in causa Sfortii. lib. 2.* non sufficere, quod probatum fuerit homines vnius † villæ 37
cōbusisse alterius bona, nisi etiā probatū fuerit ipsos fecisse cōmunicato consilio, Aretin. *cons. 164. sicut Ioa. dicit in Apocalypsi. n. 17.* scribit Florentinos ob interfectū Archiepisc. excōmunicari minime potuisse, quia non fuit probatum, eos hoc fecisse cōmunicato consilio. & Ioan. Lignanus referente Marsilio *in pract. crim. in §. constante. n. 17* dixit se alias coram summo Pontifice Bononiā à pœna rebellionis liberasse, eo quod non collegialiter facta deliberatione rebellauerat. Respondit etiā Angelus *in cons. 243.* absoluēdum esse capitulum à petitione cuiusdā, qui dicebat, capitulū impediuisse quosdā conductores in quadam re, quia non dixit, quod capitulariter impediuerunt. Hæc & alia rationib. exemplis & authoritatib. confirmant Masc. *de prob. vol. 3. concl. 1413.* Farinac. *quæst. crim. 24. n. 129.* & nouissime post istos Eugen. *in cons. 86.* Et quamuis vt plurimum loquantur de delictis & criminib. eorum tamē argumenta valent etiā in aliis reb. & negociis, imo & in specie extra delictorum causas in aliis actibus & negotiis idē respondit Alberic. *in l. nulli. n. 12. ff. quod cuiusq. vniu.* Corn. *in cons. 130. in fin. lib. 1.* Meno. *cons. 80. n. 54. lib. 1.* respondit Baldus *in cons. 438. lib. 1.* si singuli vniuersitatis homines lignando vel cum animalibus pasculando (sic enim ipse loquitur) syluam possederunt, quod vniuersitas non dicatur possedisse vel possidere, nisi probetur illos tale mandatum in consilio ab vniuersitate habuisse: Baldū secutus est Crauetta *in cons. 317. n. 4. col. pen. lib. 2.* Hieron. de Monte. *in tract. de finib. reg. cap. 72. n. 4.* Petr. Benin. *decis. Bon. 70.* vbi plurib. hæc confirmat: idem late probat Eugen. *in cons. 41. n. 48. lib. 1.* Ita etiam generaliter respondit non posse cōmunitatē quicquā facere nisi communicato consilio. Decian. *in cons. 103. n. 14. lib. 3.* cum igitur pręsupponatur in facto, non fuisse mandatum opus à repub. præcedente tali deliberatione & consilio publico, sequitur id nequaquā reip. adscribendum esse.

Tertium pro repub. fundamentum nobis videtur sumi posse ex eo, quod vniuersitas seu communitas aliqua nihil in reb. ad eā spectantib. deliberare, nil statuere potest, ac ne mandatū quidē procuratoriū constituere, atq; adeo syndicū creare & facere, nisi † ex tribus 38
partib. ipsius duæ adfuerint, & cōsenserint, ex hoc. n. efficitur rectè dici opus factū nō fuisse de quo agitur reip. nomine, & mandato, nisi probetur duas partes ex tribus reip. ad mandasse, vt fieret quod nec probari posse credimus, nec verū esse, & ideo nec ipsa resp. videtur ad opus demoliēdū cogi potuisse aut posse, virtute dicti mandati sine clausula. Porro constitutionē & regulā quam assumimus in proposito probat *l. 3. & 4. ff.*

quod cuiusq; vniuers. nomine. l. nominationum. C. de decurio. lib. 10. Bartol. *in l.* 1 *ff. de albo scrib. & in l. omnes populi. in* 2. *qu princ. nu.* 15 *ff de iust. & iure.* Dec. *in c. cum omnes. n.* 21. *de constit.* Alexand. *in cons.* 68. *col.* 2. *lib.* 2. late Hippol. Rim. *in cons.* 164. *num.* 7. 8. *lib.* 2. Bursatus *in cons.* 159. *num.* 10. *lib.* 2. Osascus *decis.* 38. *num.* 2.

Quæ cum ita sint; inde aliud & sic quartum pro rep. argumentũ desumitur. Nam licet in priuatis hominib. scientia & patientia operetur consensum, & vim mandati habere possit, tamen secus in vniuersi-
39 tate respondendum est, quoniam sicut † non potest expresse aliquid facere nisi præcedente consilio & deliberatione, & cõgregatione, ita nec per scientiam & patientiam, consensus & mandatum intelligitur, nisi homines vniuersitatis simul congregati sciant & consentiant, ita respondit Dec. *in cons.* 437. *nu.* 3. ex notatis per Fel. *in c. cum omnes. n.* 24. *vers. nota ex glos. quod generaliter. de constit.* vbi plures citat Glos. & Dd. & etiam canones refert & sequitur Osasc. *decis. Pedemontan.* 38. *numer.* 3.

Cum igitur in facto non præsupponatur reip. A. Senatum simul congregatum solenniter, hæc sciuisse & passum fuisse, nõ potest ex simplici & sola aliquorum forte scientia & patientia inferri, ipsam remp. id mandasse, ac proinde teneri, perinde, ac si fecisset vel fieri curasset.

Quintum argumentũ est, ꝙ etsi maxime opus fieri sciuissent, & passa esset vniuersitas A. etiam simul congregata, non tamẽ ex eo videretur mandasse opus fieri aut ratũ habuisse, nisi simul etiam ostenderetur, opus factum fuisse nomine vniuersitatis. Nam quod
40 meo nomine † gestum non est, ratum habere non possum, *Reg. ratum. de reg. iur. in* 6. *c. cum quis. de sent. excom. in* 6. *l. si pupilli. §. sed si ego. ff. de neg. gest.* Decius in terminis vniuersitatis, *in cons.* 437. *nu.* 2. refert & sequitur Osascus *decis.* 138. *nu.* 18.

Et licet aliqui Dd. dixerint, ratum quempiam ha-
41 bere posse, ꝙ † suo nomine gestum nõ est, in sui præiudiciũ, per tex. *in l. si fundus. §.* 1. *ff. de pign.* tamen id non obstat, duab. rationib. Prima est, quia illorum sententia locum habet tantũ in casu, *d. l. si fundus. §.* 1. ibi enim res non poterat effectum habere, sine tali ratificatione, quia erat pignorata res aliena, in qua ius pignoris constitui non põt, nisi domino consentiente, secus si res absq; ratificatione effectum sortiri potuisset, quia tunc ẽt in prẹiudiciũ ratificantis non põt ratificari, ꝙ eius nomine gestum non est, vt probat text. *in c. cum quis. de sent. excom. in* 6. vbi patet ratificari non posse in prẹiudicium meum, quod meo nomine gestum non
42 est, quę fuit † antiquorum Doct. distinctio & sententia, vt refert Bartol. *in l.* 1. *§. sed etsi cum quis. ff. de vi & vi armat.*

Altera ratio est ex doctrina Bart loco proxime citato, ita enim distinguit quod gestum nomine meo nõ est, ratificare non possum, trahẽdo ad me negocium,
43 ita vt ego dicar illud fecisse, sed si volo habere † ratũ in præiudicium alterius mei iuris possum, *vt in d. l. si fundus §.* 1. *& in l. mater mea. C. de rei vind.* vbi si quis vendit rem meam nomine suo, possum ratum habere, vt mihi præiudicem in dominio & rei vindicatione, sed
44 non possum † agere ex vendito cõtra emptorẽ quasi ego vendiderim, refert & sequitur Dec. *in d l. semper qui non prohibet. nu.* 10 *de reg. iur.* & Osasc *d. decis.* 138. *nu.* 18. *vers. non obstat.* vbi etiam alios citat. Quod vero attinet ad mãdatum, ita etiam leges loquuntur & Dd. ex quibus illa deducitur conclusio, ꝙ ex scientia &
45 patientia † mandatũ præsumatur, loquuntur n. in eo casu quo qs nomine meo gessit negociũ me sciente & patiẽte, *in l. qui patitur, ff. mãdati. qui patitur*, inqt text *ab alio mandari, vt sibi credatur, mandare intelligitur. & in l si remunerãdi. §. si passus. ff. eod. tit. si passus sim*, inquit, *aliquem ꝑ me fideiubere vel alias interuenire, mãdare tenetur* Et ideo dicebat Dec. post alios quos citat *in cons* 221. *n.* 10. cautum esse debere quemlibet in articulis formandis, vt nimirum deducat & probet vniuersitatis nomine factum esse, vt ex scientia & patientia vniuersitatis mandatum præsumatur.

Quinimo non solũ est necesse, vt nomine vniuersitatis actus gestus sit, verum etiam vt illum aꝓbet, & ratificet ipsa vniuersitas † tanq̃ nomine suo gestũ, 46
vt not. Bart. *in l.* 1. *n.* 9. *C. qui admitti. & c gl. in l.* 1. *§ sed etsi cum quis. in verb. ratum. ff. de vi & vi arm.* Castr *in cõs.* 413. *num.* 28. *lib.* 1. Corn. *in cons.* 224 *col. fin. lib.* 4. & multi alii quos cumulat Osasc. *dict. decis.* 138. *nu.* 17.

Cum igitur in facto præsupponatur, opus de quo agitur nomine reip. factum non fuisse, sed potius nomine ipsorum ciuium, & ad eorum vtilitatẽ & commodum, sequitur dicendum nullo modo illud posse reipubl. tanquam facienti ita imputare, vt proinde ad illud nunc demoliendum vigore mandati pœnalis, cogi possit.

Postremum argumentum esse potest pro rep. quia opus de quo agitur, ad remp. non pertinet, nec ad oẽs ciues reip. sed ad aliquos tantum, & quidem paucissimos in comparatione totius reip. & opus est alioqui permissum, & nequaquam ꝓhibitum in suo genere, id est, nullum continens delictum, nec pacem publicã violans, quare omnis cessat prorsus ratio, ob quam prẹsumere debeamus à rep. vel reip. nomine & mandato factum. Tunc enim disputari solet, an resp. teneatur ex facto ciuium, quasi videatur vel id mandare, vel ratum habere: cũ omnes & singuli vel maior pars aliquid facit. Item cum tale opus est, ꝙ resp. prohibere debeat, quia scilic. delictum contineat, ita enim loquuntur Dd in hac materia: Quod si aliquĩ tantum ciues aliquid faciant, quod & in suo genere nequaquam sit prohibitum, sed potius permissum, nulla suppetit ratio, cur id reip. scienti & patienti debeat adscribi, nec enim id prohibere potest de iure: &
culpa caret † qui scit, sed prohibere nõ potest. *l. culpa* 47
caret. de reg. iur. l. nullum crim. eod. tit. l. quis fundum. §. vlt. ff. locati l. adigere. in prin ff. de iure patronat. Roman. *in cons.* 7. *vicis necessariis. col fin.* Dec, *in cons.* 64. *& in d. l. culpa caret*, vbi etiam Cagnol. & alii.

Ex quib. licet responsio pateat ad ea, quæ in contrarium allata nobis ansam dubitandi attulerunt, tamen vt res clarior sit & magis expedita, respondebimus etiam ad singula sigillatim argumenta.

Non obstat igitur primũ, quo dicebatur, ex scientia & patientia mandatum prẹsumi; quia multis modis confutari potest. Inprimis enim intelligendum est, quando actus geritur eius nomine, qui sciuit &
passus est. Nam si dominus † sciat & patiatur procu- 48
ratorem agere nomine suo, videtur ei mandare, & patientia loco mandati habetur: ita Doct. loquuntur in argumento allegati, & leges quibus nituntur, & ideo Philip. Dec. *in dict. consil.* 221. rectè monet articulandum esse, quod actus gestus fuerit eius nomine, qui passus est; ratio est euidentissima, quia procurator ad negocia & ad iudicia ille est, qui nomine alieno aliquid facit. *l.* 1. *ff de Procur.* igitur intelligi non potest, quempiam esse alterius procuratorem, & ex alterius mandato agere, nisi nomine alterius actum gerat: In casu autem nostro opus non fuit factum nomine reipublic. vt nobis præsupponitur: Ergo illud argumentum non obstat.

Præ-

Præterea necesse est, vt Senatus A. scierit, non particulares ciues & Senatores: requiritur enim vt simul congregati sciuerint, vt supra dictum est, quod similiter in proposita specie verum esse non putamus.

Tertio requiritur vt negotium quod à procuratore geritur, spectet ad ipsum dominũ principaliter, & sic necesse esset probare fossæ cõstructionem, de qua agitur, & opus factum ad remp. pertinuisse principaliter, non autem secundario, eam sc. ob causam, quod reip. intersit ciues locupletari, & cõmodum sentire, alioquin dicẽdum foret, teneri remp. ex facto cuiuslibet ciuis, ea sciente & patiente, quod ciui commodum adferret, quod omnino nouũ & absurdum est.

Quod vero resp suppeditauerit fabros, artifices, pecuniá, nihil valet ad probandum mandatũ, sed potius ad ꝓbandum auxilium & opem à rep. allatã esse ciuibus suis, ꝙ sane illam non obligat, cum ciues non fecerint opus sua natura ꝓhibitum, & delictum aliquod cõtineri: vt enim quis de auxilio teneatur, necesse est, delictum præsupponi, alioqui in ciuilibus & politicis rebus ac negociis, quin liceat, imo laudabile sit alterum iuuare, negari nõ potest: Id vero præcipue conuenit reip. & vniuersitati, vt suos ciues ac populares iuuet. Cæterum quod teneatur aliquis ex eo, ꝙ iuuerit alium ad faciendum opus alioqui licitum ac permissum, & non continens delictum aliquod, nullo iure cõstitutũ est, & multo minus, vt quis ad opus demoliendum cogatur eo nomine, quod alteri illud facienti opem & auxilium tulerit. Porro non est simile illud quod adfertur de instrumentis ad causam pertinentibus, illa enim non solent tradi nisi procuratori, qui mandatum habet ad agendam causam, sed simile auxilium pecuniarum, fabrorum & artificum præstare potest, & vero etiam dicet amicis & subditis, vt eo magis adiuuentur in rebus necessariis peragendis; Quod si ipsi, quibus auxilium præstitum est, aliquod faciunt in præiudicium Illustrissimi Domini Episcopi; respondere debeat, & se defendere, non autem reip. ex eorum facto conueniri.

Porro quod attinet ad coniecturas, ex quibus deducitur, verisimile esse, omnia ex mandato reipubl. fuisse facta: respondetur eas locum habere posse, si negotium illud ad rempubl. pertinuisset, sed cum ad ipsos ciues qui fecerunt pertineret, & nil aliud resp. fecerit, nisi quod ciues suos iuuit, in pecunia subministranda, quam tamen restituere obligati sunt, non est præsumendum aliquod mandatum, sed potius credendum, vt in facti quoque specie habetur, ex quadam simplici facilitate, vel potius inconsiderata simplicitate opus illud profectum fuisse ante præstitam cautionem, & obtentam legitimam remissionem nunciationis noui operis ab Illustrissimo & Reuerendissimo Dn. Episcopo A. factam, præsertim considerata qualitate personarum, sunt enim idiotæ, piscatores, molitores, papyrifices, tinctores & similes, qui iura ignorant, & prorsus rerum forensium imperiti sunt.

Deniq; non obstat id quod dicebatur de tacita ratificatione præsumenda ex factis secutis; quia in præmissa specie locus esse non potest ratificationi, cum non nomine reipublic. factum fuerat opus, vt iam diximus supra, nec ad rempublic. pertineret, sed ad ciues, & in vtilitatem ipsorum ciuium, non autem reipubl. tendat, & aliis rationibus quæ superius allatæ sunt.

Ex quibus patet nihil obstare scientiam & patientiam reip. quia illa quę adferuntur locum habent, vbi res pertinet ad remp. vel si de crimine agatur à ciuib. commisso sciente & patiente rep. tũc enim si causam habeat successiuam, & resp. patiatur committi, videtur approbare, & tenetur, secus in reb. sui natura licitis & permissis, quę si fiant à ciuib. non ideo resp. patiens & sciens obligatur, nec enim tales actus possunt aut debent impediri, cum sui natura illiciti non sint.

Itaq; ita concludimus in hac prima quæstione, vt Iurisconsultus dicebat *in l. de pupillo. § si pluriũ. ff. de ope. nou. nun.* si vnus ędificauerit post noui operis nunciationem, alii, qui non ædificauerint non tenebantur, neq; enim nocere debet factum alterius ei qui nihil fecit. Quamobrem cũ non resp. ædificauerit, sed quidam ciues, illi soli tenebuntur & conueniri poterunt non resp. quia aliud est resp. aliud ciues aliqui, *l sicut. ff. quod cuiusq. vniuers. nomine.* Et sic concludimus ipsam A. remp. virtute præfati mandati sine clausula ad op⁹ demoliendum compelli non posse, sed agendũ contra ciues, qui opus perfici curant, & hæc quod ad primam attinet quæstionem.

Secunda est quæstio; dato Remp A. ex causis iam relatis reputari, quasi ipsamet vel principaliter, vel secundarie opus prædictum fieri curauerit; an pro euitanda demolitione, mandato Imperialis Cameræ inclyto Senatui A. iniuncta, ad omissam cautionem de demoliendo adhuc præstandam, iure minoris, omnino in integrum restituenda sit non attento, quod idem Senatus peritos iuris semper ad latus habeat, quorum opera in requirendo sane consilio, circa necessario agenda ratione præfatæ cautionis, illi minime defuerit.

Videbatur prima specie respondendum remp. non esse restituendam: Et primum ex persona ipsius reip. dictam in integrum restitutionẽ petentis, licet enim resp. minorum iure vti possit, & ideo restitutionem implorare, *l. respub. C. ex quib. caus. maior.* Imo etiam iure pupillorum *l remp. C. de iure reip. lib. 11.* tamen id procedit in rep. Romanorum, non in alia repub. & ciuitate. Ciuitates enim priuatorum loco habentur, & publici appellatio populum Romanum respicit, *l. bona l. eum qui vectigal ff. de verb. sign.* & quod quælibet ciuitas non vtatur iure minorum, ex eo patet, quod si ciuitas † mutuet filiofam. non restituitur. *l. nihil ff. ad* 49
Maced. & tamen si minor 25. annis mutuauerit filiofam. restituitur *l. verum. § vlt. ff. de minor.* Et ita in terminis † quod habetur *in dict. l. r sp. C. ex quib. caus mai.* 50
non habere locum in alia rep. quæ Roman. tradit ibi Accurs. Alber. & Ang. Calcan. in *cons. 43. n. 2 3.* Innoc. *in c. 1. de rest. in integ.* Egid. Bell. *in c. auditu n. 11. 12. eod. tit.*

Secundo ex causa de qua agitur restitutioni in integrum locus esse in casu isto nequaq̃ videbatur, cum de restitutione in integrũ agatur aduersus spretã noui operis nunciationem, q̃ nec minori 25. annis cõcedi debet. Ergo neq; reip. concedenda erit, dato quo illa vteretur iure minoris. Quod autẽ minori 25. annis in integrũ restitutio aduersus † spretam noui operis nunciationem non detur, tradit gl. *in l. 1. § nunciatio. ff. de op. nou. nunc. in verbo ignorantes.* sequitur Natta *in* 51
cons 17. n. 6. Iacob. Rim. *in cons. 427. n. 51. lib 3.* & Ioan. Maurit. *de rest. in integr. c. 156.* & probari potest duob. argumentis: primum est, quia is qui noui operis nunciationem contemnit, dicitur esse in dolo. *l ait Prætor. § si quis particeps. ff. quæ in fraudem creds. l. si fundum. C de rei vind.* Minorib. aũt nõ succurritur per in integrum restitutionẽ, qñ sunt in dolo, *l. auxilium. ff. de minor. l. si ex causa. § nũc videndũ. ff. eod. ti.* Alterũ est argum. q̃a ẽt ecclesia q̃ tñ vtitur iure minor. vt cõstat *ex c. 1. de in integ. rest.* demoliri tenetur ædificiũ, ꝙ extruxit post operis nũciationẽ, ante legitimã remissionẽ obtẽtã, *vt in c. 1.*

& 2. de op. no. nun. Consequenter in integrũ nequa-
quam restituitur, quia si deberet in integrum resti-
tui, non esset ędificium demoliendum.

Neque verò ad rem nostram facit, nec iuri cõsen-
taneum est quod Glo. dicit *in d. l. 1. § nunciatio. in ver.
ignorantes.* nempe minorem esse restituendum, ita vt
sumptibus aduersarii opus factum demoliatur. Non
hoc facit ad rem nostram, quia quæstio nostra est, an
minor sit restituendus aduersus cautionem non da-
tam, iuri vero non est consentaneum, ex argumen-
tis & rationib. allatis à Sfortia Oddo *de restit. in inte-
grũ part. 2. q. 80. arti. 5. post n. 50. vers. sed m hi nõ placet.*

Non obstat si dicatur videri restituendum mino-
rem, ad dandam cautionem de demoliẽdo, & sic ad-
uersus cautionem non datam & remissionem non
petitam: Quia respondet Alciatus *in d. l. 1 § nunciatio.*
52 *n. 66.* obiici posse † minori, cautioni locum non fuis-
se, quia causa permutari poterat, *iuxta l. vnic. de op. no.
nun. & c. vlt. eod. tit.* sequitur Sfortia Odd. *de restit. in
integr. parte 2. quæst. 80. art 5. n. 51.*

Similiter nõ obstat, si dicatur, secundum Bartoli
sententiam, *in d. l. 1. §. nunciatio*, locum esse in inte-
grum restitutioni, quando constat minorem habuis-
se ius ædificandi, quia, vt dicebat Alciatus *loco superius
proxime citato, nu. 65.* illa quæstio petitorium respicit,
& ideo cognosci non potest, sed opus debet inprimis
demoliri *l. 1. §. sed si u. ff. eod. tit.* quod procedat etiã in
ecclesia, nam & ipsum opus cogitur demoliri *vt in d. c.
1. & 2. de ope. no. nun.*

Tertiò ex persona aduersarii in hac causa, non vi-
debatur esse locus in integrum restitutioni hoc in ca-
su, quia res agitur contra Episcopum A. qui est ad-
uersarius in causa, & sic agitur contra ecclesiã, quę si-
militer vtitur iure minoris: Vnde dato quod & res-
publica iure minoris vtatur, non tamen restituenda
53 videtur, sicut nec † minor restituitur aduersus alium
minorem *l. verum. §. vlt. ff. de minorib.* nec priuilegia-
tus contra pariter priuilegiatum, *vt in §. sed & hoc in
præsenti. in Auth. de sanctiss. Episcop.* Sic & ecclesia nõ vti-
tur priuilegio aduersus aliam ecclesiam *arg. l. 2. C. de
priuil. fisci.* Glo. magna *in l. 1. C de priui. dot.* Rip. *in l.
priuilegiũ nu. 2. ff. de priui. cred.* Decius *in consi. 328, in
casu proposito. col. vlt.* Cephal. *in consi. 7. n. 3. lib. 1.*

Et licet illa distinctio adhiberi soleat in proposito,
vtrum is, qui restitutionem petit de damno euitando
54 contendat, & is † contra quem petitur de lucro; &
tunc sic concedenda alius secus, vt post alios declarat
Oddus *de restit. in integ. part. 1. q. 18. art. 5. & arti. 9.*
tamen in specie nostra non videtur obstare, quia tũc
dicitur quis de lucro captando tractare in ꝓposito, vt
declarat Odd. *d. art. 5.* quãdo remaneret locupletatus
cũ alterius iactura; sed in casu nostro licet opꝰ de quo
agitur destrueretur, non tamen ecclesia A. propterea
locupletaretur, quia operis demolitio non auferet ei
lucrum nec diuitias, sed tunc disputandum esset an
haberet ius nunciandi nec ne.

Quartò ex defectu probationis lęsionis non vide-
batur respubl. restituenda, quia dato, quod minoris
55 iure vteretur, nunquam † tamen restituitur minor,
nisi constet ipsum læsum fuisse *l. nam & postea. § minor.
ff. de iureiur. l. non omnia. ff. de mino. l. quod si minor. §. 1. ff.
eod. l. minoribus. c. de rest. in integ.* Sed hoc in casu non
potest cõstare rempublicam esse læsam, ex eo, quod
cautionẽ omiserit præstare, & remissionem impetra-
re, quia fieri posset, vt etiam data cautione, & remis-
sione obtenta, nihilominus operis construendi
ius non habuisset, in præiudicium iurium Illustris-
simi & Reuerendissimi Episcopi A. & consequenter
vt etiam illud demoliri cogeretur. Nisi ergo do-
ceat, ius ædificandi fuisse, non potest docere de læsi-
one, sed hoc ostendere iam non potest, quia prius
opus est demoliendum, quàm de hoc agatur, *l. 1. §.
sed si is. ff. de op. nou. nunc. c. 1. & 2. eod. tit.* Ergo nec re-
stitutio in integrum locum habere potest.

Postremo ex particulari circumstantia in hoc
casu in præsenti specie nequaquam respublica re-
stituenda esse videbatur, ex eo, quòd peritos po-
tuisset consulere, quorum maximam copiam ha-
bet, & quandocunque consilium habere potest: ita
enim dicimus mulieres & alias personas, quæ in in-
tegrum restitui quandoque solent, haudquaquam
esse † restituendas, vbi consulere peritiores potue- 56
runt, *arg. l. si aua. C. de ingenuis manumiss. in fin. & l.
Regale. § sed Labeo. ff. de iuris & fact. igno.* & tradunt Bald.
Salic. Castr. & alii *in l. iunct. C. qui admit.* Menoch. *de
recup. poss. rem 9. nu. 18* Oddus latè, *de restit. in integr.
parte 1. quæst. 10. art. 8. & quæst. 8. arti. 11. num. 95.*

Verũ istis & similibus q̃ adferri possent non ob-
stantibus, contrarium decidetur, nempe Rempubl.
A. esse restituendam aduersus cautionem non pręsti-
tam, & remissionem non petitam, & sic pręstita cau-
tione, de iuribus vtriusque partis disputari & cogno-
sci debeat, ad effectum, vt opus factum maneat si
apparuerit nõ fuisse Illustrissimo & Reuerendissimo
aduersario Episcopo ius denunciandi.

Hanc verò nostram decisionem ac sententiam iu-
ri & ęquitati consentaneam esse demonstraturos nos
putabimus, si ostenderimus restitutionem in inte-
grum peti posse & concedi debere, siue postulantis
personam nempe reipublicæ considerauerimus, siue
causam ex qua petitur, siue aduersarii personam, siue
ꝓbationem necessariam, siue deniq; circumstantiã
quãcunque huius propositi casus. Ordine igitur sin-
gula sic ostendimus vera esse & iuri congruentia.

Inprimis quod reip. quæ Romanorum non est, &
sic etiam A. ius petendi † restitutionem in inte- 57
grum competat, & iure minoris vtatur *iuxta l. Resp. C.
ex quib. cau. maio.* probatur hæc sententia Lege, Ratio-
ne & Authoritate doctorum. Lege, nempe *l. 1. C. de
officio eius qui vicem alterius iudicis vel præsidis obtinet.* vbi
tex. ita dicit *in causa qua spectat ad vtilitatem reip. eum qui
vice præsidis ꝓuinciã administrat potuisse cognoscere, in dubiũ
nõ venit.* Sanè si in aliquo casu captũ est ius reip. iuxta
scita diuorum Principũ defensores reip. (si modo ad-
esse fiduciã negotio putãt) restitutionis auxiliũ pos-
sunt flagitare. Illa verba (Pręsidis Prouincię) cõuenire
nõ possunt ciuitati Romanæ. Item illa verba defenso-
res reip. nõ cõueniunt ciuitati Romanę, sed aliis ciui-
tatib. quia defensores ciuitatũ subsunt præsidib. Pro-
uinciarum *vt in Auth. de defensorib. ciuitatum. Facit l. 3. &
4. C. eod. tit.* & quod Alciatus docet *lib. 3. dispunct. cap. 5.*

Ratione autẽ probatur, quia cur resp. Romanorũ
in integrũ restitutionẽ petere possit & iure minorum
vtatur, nulla alia potest probabilis adferri ratio, nisi
quoniã ꝑ administratores regitur, nec ipsa per se re-
rũ suarũ administrationẽ exercere potest, & quia re-
periũtur in illa multi minores, pupilli, infantes, quo-
rũ interest rẽp. ab omni damno & læsione immu-
nem seruare, has vero rationes in omni rep. militare
posse manifestũ esse putamus, cũ per administratores
suos gubernentur, & ex infantibus, minoribus, pu-
pillis, & aliis id genus constituta sit omnis respubl.

Deniq; doctorum authoritate & interpretatione
probatur hæc sententia, est enim hæc † communis 58
sententia doctorum, vt patebit ex auctoritatib. alle-
gandis. Igitur hanc sententiã secuti sunt Specul. *tit. de
rest.*

rest. in integrum. Rubr quis & quando possit restituere. num.
19. Gloss. Bartol. Bald. Castr. *in d. l. Respubl. cap. ex quib.*
caus maior. idem Castrens. *in consil. 37. num. 1. lib. 2.* Ale-
xand. *in l. Ciuitas. num. 4. ff. si certum petatur.* Decius *in*
consil. 42. in fine. Maranta *in 3. parte. 6. partis. num. 97.*
Anton Butr. *in c. auditis. num. 14. de rest. in integr.* & ibi
Ioan. Andr & Anchar. *num. 9.* Panormitan. *in c. 1. num.*
14. eod. tit. Natta *in consil 548. num. 19. lib. 3.* Cephal. *in*
consil. 40. num. 54. libr. 1. Roland. à Valle *in consil. 37. nu.*
1 lib. 3. & alii multi quos refert & sequitur Sfortia Od-
dus *de restitut. in integr. in 1. parte, quæst. 3. artic. 9.* quin-
imo hęc sententia procedit in omni alia Vniuersitate
& Communitate, sicuti responderunt Alexand. *in*
cons. 1. num. 13. lib. 4. Corneus *in consil. 142. num. 18. lib. 2.*
Mauricius *de restit. in integr. c. 417.* Alciat. *in consil. 167.*
num. 2. 3. 4. Socin. Iun. *in consil. 51. num. 5. lib. 2.* & multi
alii à Sfortia Oddo citati loco annotat. *artic. 10.* adde
Alphanum *in collect. ad d. l. Respubl.*

Cum igitur ius competat in integrum restitutio-
nis postulandum reipubl. A vt ex deductis patet, se-
quitur vt videamus, an in casu præsenti competat;
nempe aduersus spretam operis noui nũciationem,
ad hoc, vt iam cautionem præstare possit de opere
demoliendo, donec causa ipsa principalis cogno-
scatur.

Igitur ita existimamus in præsenti specie, restitu-
tionis auxilium implorari posse, eo argumento in-
ducti, quod minorem esse restituendum aduersus
spretam operis noui nunciationem demõstrari pos-
sit, ex hoc enim efficitur rempubl. quæ iure minoris
censetur, restituendam fore.

Quod autem minor sit restituendus, vt cauere
possit, facile demonstrari potest. Nam certum est,
si statim cum opus nouum denunciatur, offeratur
cautio, non obstante denunciatione ædificari pos-
se, & perfici quod cœptum est, cum per cautionem
59 remissa † censeatur nunciatio, *l. stipulatio. §. 1. l. de pu-*
pillo. §. si is cui. l. Prætor. §. interdum. l. non solum. §. si cum
possem. & §. sciendum ff. de oper. nou nunc. Igitur si minor
cautionem præstare omiserit, eo ipso est læsus, quia
cogitur destruere opus factum, consequenter est in
integrum restituendus, vt cautionem illam præstare
possit, *Argumento l. minor 25. annis omissam. ff. de mino-*
rib. Paulus: Minor 25. annis omissam allegationem
per in integrum restitutionis auxilium repetere po-
test, per quem textum ita docet in terminis Ruinus
ad l. 1 §. nunciatio. ff. de oper. nou. nunc. nu. 77. Ibi. sed de-
bet minor restitui aduersus omissum, hoc est, aduer-
sus satisdationem non præstitam nec oblatam, *l. mi-*
nor 25. annis omissam ff. de minor. &c. Hactenus Ruin.
Eandem sententiam secutus est Sfortia Oddus, post
Ioannem Crosum, quem citat *in tractat. de restitut. in*
integr. parte 2. quæst. 80. artic. 5. num 52. vbi sic ait: Ter-
60 tia est inspectio, an † minor possit restitui contra da-
mnum, in quod incidit propter non præstitam cau-
tionem prædictam, quod damnum est quod hodie
potest aduersarius destruere opus factum, etiamsi
minor offerat se paratum docere de iure suo, vt est
expressum *d. l. 1. §. sed si is cui. ff eod.* & sic an possit pe-
tere se reponi in eo statu, in quo fuisset, si nuncia-
tionem non spreuisset, quia esset quod deberet prius
cognosci in petitorio, an ipse iure ædificauerit, quam
opus ab aduersario destrui, & hoc casu concludi ꝙ
restituitur: & ita procedit conclusio Ruini. &c.

61 Nec obstat quod in proposito † dicebat Alciatus
in dict. l. 1. §. nunciatio. numer. 66. versic. Tertius casus est.
nempe se dubitare an vera sit dicta conclusio, quia
is qui opus nouum nunciauit dicere potest, cautioni
locum non fuisse, quia causa poterat expediri: & sic
hodie constat, hodie agatur. *iuxta l. 1. Cod. de oper. nou.*
nunciat.

Quia respondemus multis modis. Primo nihil a-
liud esse constitutum *in dict. l. 1. C. de oper. nou. nunc.* nisi
causam † operis noui nunciationis intra tres menses 62
expediendam esse, & si non expediatur tunc cautio-
ni locum fore, & ea præstita, procedi posse in opere
construendo.

Non est autem verisimile, talem causam in casu
nostro, inter Illustris. & Reuerendis. Episcopum, &
Ciues, siue etiam rempublic. A. expediri potuisse
spatio trium mensium, cum, vt experientia rerum
magistra docet, leuissimæ causæ inter rusticos & pri-
uatos homines non tam cito expediri soleant, præ-
sertim vero si coram supremo Spirensis Cameræ Tri-
bunali causa fuisset agitata, vbi constat multitudi-
nem & magnitudinem causarum in causa esse, vt
non tam breui tempore lites absoluantur & termi-
nentur, vt idcirco † in Camera non obseruetur in- 63
stantiæ præfixæ tempus, *iuxta l. properandum. C. de iud.*
teste Andr. Gail. *libr. 1. obseruat. 141. num. 6.* vel si coram
ordinario iudice causa esset agitanda, idem sane re-
spondendum esset.

Nec putamus quempiam de hac re posse dubita-
re, qui mediocriter versatus sit in foro, & in causis
& litibus agendis: Nam in ipso conficiendo pro-
cessu, in tali causa vix vnus vel alter annus sufficere
potuisset, & demum eo perfecto iudex causæ cogni-
tionem adhibere debet, quod fit cum tempore; tem-
pore enim indigemus, vt aliquid boni faciamus.
Lenta etiam virtus & coactatrix, non † ante iudicat, 64
quam quod honestum & decorum inspexerit, velox
autem iniquitas, quæ ad nocẽdum occasionem quæ-
rit, omnia præcipitat, inquit text. *in c. Inter hæc & hir-*
cum. de pœnit. distinct. 3. Et ideo sententia non valet si
non fuerit lata cum causæ cognitione, quod tum
coniicitur cum breui tempore causa expedita est, vt
declarat Vantius *de nullit. tit. de nullit. ex defectu processus.*
num. 32. 33. & seq.

Quod autem nisi causa fuisset expedita spatio
trium mensium cautioni locus fuisset, & ea præstita
permissum fuisset ædificare, & opus cœptum perse-
qui, expresse † constat *ex d. l. 1. C. de oper. nou. nunc.* in il- 65
lis verbis. *Talem igitur iniquitatem inhibentes, sancimus,*
si quis denunciationem emiserit, in hac quidem Regia vrbe,
præfectũ vrbi festinare, in prouincia vero Rectorem eius, intra
trium mensium spatium causam dirimere, sin vero aliquod
fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedi-
mentum, licentiam habere eum, qui ædificationem deprope-
rat, opus de quo agitur, efficere prius fideiussore ab eo dato of-
ficio vrbicariæ præfectura, vel prouinciali, vt si non recte ædi-
ficauerit, omne opus quod post denunciationem fecerit, suis
sumptibus destruet. Et ita † in Camera pronunciatum 66
fuit, teste Andr. Gail. *libr. 1. obseru. 16. num. 17.* vbi di-
cit: se existimare non obstante litis pendentia in Ca-
mera tribus mensibus elapsis, citato offerenti ido-
neam satisdationem, nunciationem remittendam
esse, cum per cautionem vtrique parti consultum sit,
tam ei qui nunciauit, quam ei cui nunciatum est: al-
legat multa iura & auctoritates.

Secundo respondemus id quod deducitur *ex d. l.*
vnic. C. de oper. nou. nunc. exspectandum esse trimestre,
intra quod expedienda sit causa, & interim superse-
dendum in ædificio, aliquam interpretationem ac
moderationem accipere, vt nimirum intelligendum
sit, quando à principio denunciatur nouum opus æ-
dificandi, antequam multas impẽsas fecerit in rebus

& instrumentis ad ædificium pertinentibus, adeo vt ædificanti nec graue sit, nec præiudicium adferat, exigua mora trium mensium, & nuncians allegat se habere iura, quæ tunc producere non potest, sed intra spatium trium mensium, iurans etiam se non calumniose opponere. Cæterum si mora & periculum & præiudicium adfert, is qui ædificat, non tenetur expectare ac supersedere; sed cautione præstita pergere in opere potest. Colligitur hæc interpretatio *ex l. de pupillo. §. si quis riuos. ff. de oper. nou. nunciat.* vbi
67 plus dicit textus, cùm mora † præiudicium & periculum est allatura procedi posse in opere, etiam cautione non præstita, vbi Bartolus propterea docet hanc rem iudicis arbitrio, qui totius rei circumstantiam viderit, committendam esse, & idem Rumus tradit *in dict. l. 1. ff. de nou. oper. nunc.* Socin. Iun. *num.* 253. & istos omnes refert & sequitur, atq; ita decidit Senatus Pedemontanus apud Antoninum Tessaurum, *decis. 204. num. 5 vsq; ad finem decisionis.*

In casu autem hoc nostro existimamus, non potuisse absq; magno periculo & præiudicio opus inceptum ac pene perfectum nunciationis tempore deseri, propter fluminum & aquarum inconstantiam & cursum, ex quibus multa solent accidere damna & pericula.

Tertio respondemus, aut Reuerendis. & Illustris. D. Episcopus aduersarius in promptu habet sua iura, & similiter A. respublic. siue Ciues qui opus fecerunt, ita vt spatio nunc trium mensium expediri causa possit; aut non habent. Si habent, causa ipsa iam cognosci & definiri potest, antequam pronuncietur super ipsa restitutione, ad cautionem præstandam sit concedenda nec ne, & interim opus manere potest. Quod si pronunciatum fuerit, non potuisse fieri, & iuste denunciatum opus nouum fuisse, tunc destrui poterit, quod factum est. Iam vero antequam id cognoscatur ac decidatur, iniquum est destruere ipsum opus, & pro hac sententia faciunt quæ tradit Sfortia Oddus *dict. tract. de restit. in integr. parte 7. quæst. 80. art. 5. num. 51. vers. secunda inspectio est.* Nam si aduersarius, inquit, vult, vt in præsenti cognoscatur de iure minoris, quare scilic. ædificauerit, (vtiq; scilicet audiendus est) nam minor repositus est in eo statu, in quo esset nunc, si cautioné dedisset tunc, cum dare debebat, quia aduersarius nunc, quando ædificatum est, non vult opus destrui de facto, sed ita demum, si minor succubuerit in petitorio, non secus, ac si minor ab initio cautionem dedisset. Hactenus ille. Quod si in tam breui temporis spacio, tam grauis causa, ac inter tam potentes Dominos & Principes expediri non possit, prout sane nos putamus verisimilius fore, tunc cessat prorsus argumentum ex Alciato, quia sicut respubl. tunc elapsis tribus mensib. fuisset admissa, ad cautionem præstandam, & ea præstita in opere potuisset pergere, donec causa cognosceretur, *iuxta d. l. vnic. C. de oper. nou. nunc.* & alias leges, ita iam multo facilius restituenda est, ad eandem cautionem præstandam, vt ea præstita, non destruatur opus factum, donec pronunciatum fuerit, ius ædificandi non habuisse: multo enim facilius impediri potest ac prohiberi ne quid fiat, quam factum tolli, *iuxta not. in l. Patre furioso. ff. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

Denique cum in iure satis certum & exploratum sit, minorem esse restituendum aduersus omissam probationem, exceptionem aduersus appellationem non interpositam, & aduersus alia, quæ negligendo facere prætermisit, in iudiciis & extra: nulla ratio est, cur non etiam restituendus sit, aduersus cautionem omissam & non præstitam, vbi ei nouum est opus denunciatum; Minorem vero restituendum aduersus omissam probationem, & alia supra dicta clarum est *ex l. minor 25. annis omissa. ff. de minor.* & ibi Doctores latissime docent & probant plurimis adductis auctoritatibus (placet enim vnum pro omnibus citare, ne tanquam actuarii describamus) Sfort. Odd. *dict. tract. de restit. parte 2. quæst. 64. cum omnibus articulis. quæst. 65. & 66.*

Cum igitur ex his constat & † iure minoris rem- 68
publ. vti, & minorem restituendum esse aduersus omissam cautionem, qua de agitur, & consequenter ipsam etiam rempubl. sequitur vt videamus, an prædictis obster aduersarii persona, qui opus nouum nunciauit, quiq; est Reuerendis. & Illustris. Dn. Episcopus A. & videtur nobis non obstare, nec impedire ipsam restitutionem posse; Inprimis quia fortasse opus nouum denunciauit, tanquam Princeps Romani Imperii, non autem tanquam Episcopus, ita videlicet, vt ius quod ipse prætendit non ad Ecclesiam pertineat, sed dominium seu ius temporale respiciat ipsius tanquam Principis Romani Imperii: & tunc nulla esset difficultas, cum nullum priuilegium habeat Princeps laycus, litem habens cum alio layco Principe vel republ. Neq; enim † iure minoris vtitur 69
ad instar reipubl. vt probat Zasius *ad l. Princeps. num. 6. ff. de legib.* Guido Papæ *qu.* 540. Et licet aliqui contrarium respondeant, tamen adhiberi solet illa distinctio, vt siquidem ex Principis læsione fuerit etiam læsa respublic. tunc iure minoris in integrum restituendus sit, secus si non lędatur status suus & resp. vt in casu nostro: ita post alios Sfort. Odd. *de restit. in integr. parte 1. quæst. 3. artic.* 14. Cæterum si tanquam Episcopus habeat, seu prætendat se ius habere, & sic effectum contra Episcopum & Ecclesiam agatur, vel habeat ipse Princeps idem priuilegium quod respub. nihilominus respondemus nil obstare, & hoc non impedire quo minus restitutioni sit locus. Quod vt planum faciamus, repetenda est nobis facti species, vt nempe intelligatur q̃ ob ré ciues ædificauerint, & construxerint aggeres de quibus agitur, & quare Reuerendissimus & Illustriss. Episcopus nouum opus denunciauerit.

Igitur, vt ex facti specie nobis proposita, constat, extra ciuitatis A. portam, quæ vocatur vulgo Werthenprugger Thor / quasi in quodam suburbio degunt non pauci ciues, iuxta alueum fluuii Sünckel dicti, qui superioribus annis plerasq; illorum ædes præteriens alluebat, cuius etiam vsu, in exercendis ipsorum artificiis, victuq; quæritando necessario opus habuerunt, vt sunt molitores, pannorum tinctores, papyrifices, piscatores & similes, quorum opificia, & professio vel ministerium, aquæ beneficium omnino desiderant. Cum igitur declinante Anno 1589. fluuius ille in parte superiori, relicto suo alueo, quasi in medium prolapsus esset, indeq; prædictos accolas aqua penitus destituisset, factum est vt hi ad effugiendam extremam pauperiem, fossam satis amplã, à sicco alueo præmemorati fluuii Wertach/vsq; ad latus ante dicti amnis Sünckel/e regione situm prætensam effoderunt, per quam (vallis fortissimis ab vtraq; parte optime munitam) aquam qua eos flumen mutato cursu prorsus destituebat ex illo amne Wertach/ad præfatum alueum deriuarũt, per quam nunc, vt ante fluuius Sünckel / solebat decurrens, prædictorum accolarum ædes & viciniam alluit.

Hæc

Hæc est igitur causa, cur fossa fuerit ab accolis constructa, vt nimirum damnum, imo exitium & perditionem ac exterminium euitarent, quod eorum artificus, vnde victum sibi quærunt, subueniteor.

Cur autem Reuerendiss. & Illustriss. Dn. M Episcopus A. opus nouum denunciauerit, non exprimitur in ipsa facti specie, sed vt audiuimus, eam ob causam, quod prætendat se habere ius piscandi, vel quid simile, quod fortasse putat impediri; Certum sane & exploratum putamus, eum non agere de tali damno euitando, ex quo vel eius bona diminuantur, vel præiudicium tale sentiát, quale ciues & accolas prædictos, sed potius de lucro non amittendo agit. Imo vero, etsi respublic. restituatur nullum prorsus præiudicium sentiet Episcopus ipse A. nisi fortasse respectu modici temporis, cuius nulla ratio habéda videtur, in comparatione maioris præiudicii; & perpetui, quod respublic. incurreret, si non restitueretur. Nam & si respubl restituatur ad cautionem præstandam, non propterea aufertur ius Illustr. & Reuerend. Episcopo, si quod habet, sed ius & causa ipsa proprietatis reseruatur cognoscenda & definienda, & si apparuerit ius ædificandi non fuisse, & iure opus nouum denunciatum, tunc erit demoliendum opus. Interea demolitio differtur, quæ cum ita sint, haud dubie respondendum est, locum esse in integrum restitutioni.

Nam ecclesia quæ vtitur iure minoris, iuxta text. *in cap. 1 de in integr. restit.* quo iure minoris vtitur etiam respub. vt iam supra demonstrauimus, & cótra aliam ecclesiam restituitur, *c. auditu. de rest. in integr.* & minor contra minorem, ac priuilegiatus contra priuilegiatum restituitur, vbi agit de damno euitando, & alter de lucro non amittendo, licet enim hinc inde causa sit fauorabilis, illa tamen præualet & præfertur, quæ

70 de damno euitando certat, ita † Bart. *in Authent. quas actiones. C. de sacro sanct. Eccles. num. 3.* Decius *in capit. in præsentia. num. 172. de probation.* & ibi Felin. *numer. 30.* Ant. Butr. *in cap. auditu. in fin. de restit. in integr.* Ludou. Roman. *in consil. 166. num. 14.* Cephalus *in consil. 7. & nu. num 6. lib. 1.* Bald. *in l. pupillorum. in fine. C. de repud. hered.* Paulus Castrens. *in consil. 37. num. 5. lib. 2.* quamplurimos alios citat Sfortia Oddo *de restitut. in integr. parte 1. quæst. 18. art. 4. 5. & 9.* quæ sententia communiter recepta, satis clare euincitur, *ex l. vlt ff ex quib. caus. maior. & ex l. verum. §. vlt. ff. de minorib.* Hic autem si maxime dici possit Reuerendissimum & Illustrissimum Dn. Episcopum agere de lucro amittédo, negari certe non potest, quin eius præiudicium sit longe minus quam reipublic. A. si ea compelleretur opus demoliri.

Primo enim damnum & præiudicium respublic. pateretur, quia vix sine scandalo & tumultu eorum, quorum interest, ædificium verisimiliter posset dirui. Ita enim fortiter aggeres constructos esse nobis proponitur, vt non nisi multis aliquot diebus & septimanis dirui possint, quod sane si fieret, quot lamenta, quot clamores, quot tumultus excitarentur? Cum viderent ciues & accolæ ante rem iudicatam opus destrui, tam necessarium, vtile & salutare. Nos

71 iam † Vlpianum secuti, *in l. de pupillo. §. si quis riuos. ff. de oper. nou. nunc.* existimamus potius spernendam esse nunciationem, quam tale opus impediri, ac multo minus destrui debere, sic enim ipse generaliter respondit, Prætorem excepisse omnia opera, quorum mora periculum aliquod allatura esset, & in his contemnendam putauit operis noui nunciationem.

Secundo damnum incurreret ipsa respublic. A. si opus factum, destruere cogeretur, propter sumptus in ea re necessarios, satis vt arbitramur magnos & ingentes, neq; enim tam facile, & tam breui tempore, tale ac tantum opus in flumine factum, destrui potest.

Tertio damnum pateretur magnum, quia ciues & accolæ qui in ædificio ipso, & opere construendo multum proculdubio pecuniæ erogarunt, tales sumptus & omnia reliqua consequentia damna repeterent à repub. quippe quę in causa fuisset ipsius demolitionis propter cautionem non præstitam. Contra vero Episcop. nihil amitteret sui iuris, licet respublic. restitueretur ad cautionem præstandam, quia præstita cautione, cognoscendum esset de causa principali, & si iure non potuisset opus fieri, demoliendum esset.

Ex his apparet rempubl. vti iure minoris, & ideo in integrum restitutionem petere posse, hanc de qua agitur iustissimam esse causam, nec vllum adferre impedimentum aduersarii personæ & priuilegio: Nunc sequitur vt videamus, an & circa læsionem ac sufficientes necessarias probationes in promptu sint, vt proinde restitutionem impetrare possit ac debeat. Igitur ex his tradunt in hac materia Doctores nostri, tres extare animaduertimus diuersas sententias, quarum quælibet reipubl. hoc in casu restitutionem postulanti adstipulatur, ita vt nequaquam nobis sit necesse discutere, quæ sit verior & probabilior sententia, quandoquidem nil refert, quam sequi velimus tanquam probabiliorem, quia omnes æque suffragantur.

Prima est sententia non esse necesse hoc in casu, cum scilicet aduersus † omissam probationem, vel 72 exceptionem vel allegationem, minor restitutionem petit, aliquam probare læsionem, ita Speculat. *tit. de restit. in integr. §. 1. in princ. & vers. illud.* Iason *in l. nam & postea. §. si minor. ff. de iureiur.* Aretin. *in cons. 66. col. antepen. vers. sed tamen.* Roland. à Valle *in consil. 10. num. 6. vers. septimo iuuatur. lib. 4.*

Hæc sententia reipubl. suffragatur manifeste: Si enim opus nō est probare læsionem, hoc in casu non est, quod super ea laborare debeat, probando.

Secunda est sententia, probandam esse læsionem etiam † hoc in casu, ita Bartol. *in d. l. nam & postea. § si* 73 *minor. ff. de iureiur.* Osasc. *decis. 158. num. 13.* vbi alios citat Boerius *decis. 79. numer. 6.* Capella Tholosan. *decis. 53.*

Et hæc sententia nihil obstat reipubl. quia læsionem clare probat, ex eo, quod si fuisset oblata cautio, remissaque nunciatio ac prohibitio, non teneretur opus factum destruere, donec super ipso iure & causa principali cognitum fuisset, iam vero teneretur opus factum destruere, qua in re magni sumptus essent necessarii: & si postmodum appareret aduersarium non habuisse ius nunciandi; deberet iterum opus construere, & iterum sumptus essent faciendi. Præterea ciues & accolæ, quorum interest, sumptus iam factos in ædificio repeterent, & omnia inde consequentia damna præter periculum tumultus & scandali, de quo supra dictum est. Ex quibus sane inficiari nemo potest, quin læsio resultet reipublic. & si probanda sit, quin ex his manifeste probetur.

Tertia est sententia non requiri hoc in casu plenam probationem læsionis, sed qualem qualem sufficere, & vt Doctores ipsi loquuntur † sufficiat dare 74 fumum aliquem. quod probatio vel allegatio omissa profuis-

profuisset, ita Sfort. Odd. *de restit. in integr. part. 1. q. 36. art. 8 & rursus par. 2. q. 65. art. 12. n. 90. ver. ergo alias resolui.*
Et hæc sententia reip. suffragatur, quia non solum
est qualis, qualis probatio lęsionis ipsius, & fumus il-
le requisitus, sed clara & manifesta probatio.
Nec obstat si quis dicat necesse esse vt minor læsus
sit dolo aduersarii, ad hoc vt restitutionē impetrare
possit per tex. *in l. 1. ff de minor.* vbi ICtus fallacias & ca-
75 ptiones † recenset, in quas incidunt adolescentes, &
contra illas auxilium pollicetur, & tradit Nicol. Bel-
lon. *in cons. 18. n. 19. 20.* quia hæc sententia Belloni fal-
sa esse conuincitur *ex l minorib. C de rest in integ.* vbi tex.
ita dicit: Minorib. in integrum restitutio, in quibus
se captos probare possunt, & si dolus aduersarii non
probetur, competit, & ita docent communiter Dd.
Ioan. Andr. *in c. audita. col. 3. in vers. minorib. de rest. in in-
tegr.* Alberic. *in l. si minor. n. 1. C. de transact.* Mauricius *de
rest. in integr. c. 174.* Menoch. *de recup. remed. 15. n. 136.*
Non ignoramus autem tres alias extare Dd. sen-
tentias circa modum & quantitatem ipsius læsionis,
id est, quanta debeat esse læsio, vt minor in integrum
restitui debeat; vna est, lęsionē modicā non sufficere.
Altera vero sufficere. Tertia id non esse iure definitū,
76 sed iudicis † arbitrio cōmittendum fore, sicuti latis-
sime adductis auctoritatib. & legibus disputat Sfort.
Odd. *d. tract. de rest. in integr. part. 1. quæst. 4. art. 1.*
Sed hæ sententiæ non obstant in proposito, quia
negari non potest, pręsenti facti specie inspecta, quin
damnum grande & enorme reipub. passura esset, ob
causas dictas, si opus factum suis iam sumptibus de-
struere cogeretur: Equidem ita existimemus, maio-
ris esse momenti, damnum tale ac præiudiciū, quam
ius ipsum quod Reuerendissim. & Illustr. D. Episc.
prætendere possit, vel piscandi, vel aliud; quaobrem
non dubitamus, quin restitutio sit concedenda. Et
tanto magis ꝙ diuersa sit ratio inter contractus & a-
lios actus similes, ex quib. minores læduntur, & actus
iudiciales aut qui ad iudicia pertinet Primo casu dis-
putatur quanta sit læsio, quia si minima sit, minor re-
stituendus non est: licet. n. contrahentib. se inuicem
decipere, secundum leges notissimas. At in secundo
casu non solet disputari de læsionis qualitate, sed si
minor omiserit, verbi causa, probationem vel exce-
ptionem vel allegationem, quæri solet an illa perti-
neret ad causam & tunc minor restituendus est, si vel
plene probetur eam ad causam pertinere, secundum
vnam opinionē, vel aliquo modo licet non plene, se-
cundum aliam, aut etiamsi non probetur, secundum
aliam & tertiam opinionem, sicut late diximus supra
auctoritatib. adductis *in §. ex his apparet. cum seq.* Nemo
autē negauerit, quin ipsa cautionis oblatio post ope-
ris noui nunciationem ad rem pertinuisset, & vtilis
fuisset ad remissionem impetrandam, cum text. sint
aperti, quib. vt s. deduximus remissionem nūciatio-
nis esse fiendam cautione præstita, manifestum & ex-
ploratum est. Et cum in specie nostra iam superius o-
stenderimus, competere restitutionis auxiliū minori
aduersus spretam operis noui nunciationem & cau-
tionē nō præstitā, nō videmus vllam fieri posse diffi-
cultatē super lęsionis quātitate & qualitate ꝓbanda.
Restat vt ostendamus, nec illam circumstantiam
impedire posse restitutionem, quia videl resp. consu-
lere potuerit ICtos & peritos, quorum magnam co-
piam haber Id autem sic ostendimus, quia si resp. mi-
noris 25. annis iure vtitur, & ad instar minoris in inte-
grum petere restitutionem potest, sequitur illam re-
stitui, nulla ratione habita, vtrum consulere potuerit
peritiores, nec ne, quoniam illa disputatio, vtrum iu-
ris ignorantia noceat, quando ea deceptus, consule-
re potuit peritiores, locum habet in rusticis & mulie-
ribus, & aliis quibus non est permissum regulariter
ius ignorare, sed in minoribus 25. annis nullo modo
locū habet, iis enim ius ignorare permissum est, sicut
clare docet Iurisconsul *in l regula. ff de iur. & fact ign* Re-
gula est, ait tex. iuris quidē ignorantiam cuiq; noce-
re, facti vero ignorantiā non nocere. Videamus igitur
in quibus specieb. locum habere possit antepraemissa,
quod minorib. 25. annis ius ignorare permissum est:
& postmodum infra ponit illam quæstionē, quando
peritiores consuli potuerunt, in versic. sed iuris igno-
rantiam. Ideo minor est restituendus in integrum, si
læsus † sit ex iuris ignorantia, *l. quamuis. C. eod. tit* Odd. 77
de restit. in integ. part. 1. q. 8 art. 11. n 89. Et sane neminem
reperias ICtum, qui dubitet, minorē esse restituendū
eam ob causam, ꝙ ex iuris ignorātia læsus fuerit, cum
posset consulere peritiores; nam cum ius ignorare
sit ei permissum, sequitur eum non teneri consulere
peritiores, & ideo indistincte restituendum, si fuerit
læsus. Idem igitur & in republ. respondendum, cum
iure minoris vtatur.
Cum igitur in præsenti nihil obstare manifestum
sit, quia restitui resp in integrū debeat, & nobis præ-
supponatur nōdum esse lapsum † tempus quadrien- 78
nii, ex die quo læsa fuit, & se lęsum esse intellexit, ex-
ta l. vlt. C. de temp. in integr. rest. & late ex communi tra-
dit Sfort. Odd. *de rest. in integ. par. 1. q 20. art. 3. & 4* me-
rito respondemus atq; cōcludimus, remp. restituen-
dam esse ad cautionem præstandam de opere demo-
liendo, si per sententiā iudicis apparuerit ius ædificā-
di non habuisse, & opus nouum iuste denunciatum
fuisse & sic reponendam esse in eum statum, in quo
fuisset, si tacita prohibitione & operis noui nuncia-
tione cautionem obtulisset, & prohibitionis & nun-
ciationis remissionem obtinuisset.
Nec obstant huic conclusioni & decisioni nostræ,
argumenta superius in cōtrarium allata. Nam quod
primo loco dicebatur † tex. *in d. l. respub. C. ex quib. caus.* 79
maior. accipiendum esse de rep. Roman. quia publicæ
appellatio de Romana duntaxat rep. intelligitur, &
cæteræ ciuitates iure priuatorū vtuntur: id nō obstat:
Primo, quia etiam in alia rep. quam Roman. idem ꝓ-
batur ius esse, *ex dict l. C de off. eius qui vicem alter. gerit.*
deinde quia eadem ratio est, in omni alia rep & ciui-
tate, vt supra deductum est late: consequenter fieri
debet † extensio ꝓpter similem rationem *l. non possunt.* 80
ff de legib. Euerar. late *in locis legalibus, in loco ab identitate
rationis, siue a ratione legis larga, &c.* Nec obstat ex *in l.
nihil. ff. ad Maced.* nihil enim aliud dicit illa lex, nisi ci-
uitatem q filiofam. mutuauerit Macedoniano Sena-
tusconsulto teneri, sed non negat text. restituendam
esse: sic etiam minor tenetur, sed tñ restituitur: ergo etia 81
ciuitas est restituenda, quare gl *d l. nihil* q tuitetur in
contrarium, merito reprobatur a D. l. vt notat Odd.
d. tract. de rest. in integr. part. 1 q. 3. art. 9 n. 65 Non obstat
eorum auctoritas qui responderunt remp. Roman.
duntaxat esse restituendam, non alias ciuitates, quia
in contrarium est magis communis Dd. sententia, te-
ste Oddo *loco proxime citato n. 61. vers. in contrarium.* cui
communi sententiæ potius adhærendum est in con-
sulendo & iudicando quam diuersæ, *c. ne innitaris de
constit. l. 1. ff. de offic. quæst.* & tradunt passim Doctores.
Non obstat id quod dicebatur, minorem in inte-
grum non esse restituēdū aduersus spretā operis noui
nunciationem, auctoritate Gl. *in d. l. 1. §. nunciat. &
si quæsitū.* quia gl. loquitur de restitutione in integrum
q̄ minori esset inutilis & damnosa, nēpe illa q̄ minia

in pri-

in pristinum statum reducit, atq; ita etiam ædificium ipsum, ita vt destruendum sit: nos vero loquimur de restitutione in integrum aduersus cautionẽ non præstitam, ad hoc vt præstari possit, & interim donec de iure cognitũ fuerit, supersederi in demolitione ędificii, in quibus terminis Dd. concedunt locum esse restitutioni, & legib. & rationib. supra commemoratis.

Non obstat quod dicebatur minorem nõ restitui
82 aduersus † dolũ præsumptum, quia in contrarium est verior & cõmunior sententia, *vt probatur ex l. 1. §. vlt. ff. de ... & in l. minor etiam. ff. de minor. in l. si ex causa. §. in commissum. ff. eod. tit.* per quos tex. ita docuerunt Bart. *in l. ... n. 1. ff de min. in l 1. § nunciatio. n. 31. ff de op. nou. ...* Dec. *in l. contractus. nu. 44. ff. de reg. iur.* Osasc. *Pede-*
83 *mont. ... s. 87. in prin.* & alii plurimi † quos refert & sequitur Oddus *d. tract. part. 2. q. 83. art. 4.*

Non obstat alterũ argum. de Ecclesia, quia tex. iuris Canon. non negat ecclesiam esse restituẽdam aduersus cautionem non præstitam, secundũ terminos quæstionis nostræ, sed duntaxat dicit, leges quę statuunt ædificium esse demoliendum ꝙ excitatum est contra operis noui nunciationem, locum habere ẽt in ecclesia, quod & nos concedimus, nam & in minore locum habent: si enim locum nõ haberent, non esset opus restitutione in integrum.

Non obstat quod obiiciebatur ex Alciat. *in d. l. 1. §. nunciatio n 66.* quia iam supra confutatum est prolixe *in v. non obstat.* quod in proposito dicebat Alciat.

Non obstat ꝙ dicebatur, ex persona aduersarii locum non habere noui operis nunciationẽ, qui est Episcop. Quoniã vt supra est responsum, dato, ꝙ tanq̃ Episcop. & non tanq̃ Princeps Romani Imperii considerandus, tamen ẽt aduersus eum restitutio concedenda est, tũ quia priuilegiatus vtitur priuilegio cõtra priuilegiatum, & minor cõtra minorem, & ecclesia contra ecclesiã, vt supra dictum est, tum quia Episcop. agit de lucro non amittẽdo, nempe iure venandi, resp. vero & ciues de damno euitãdo, vt late supra disputatum est: imo notandum in ꝓposito, ꝙ attinet ad illud punctum in integrum restitutionis ipsam A. remp. agere de damno euitando, ne scil. demoliri cogatur ædificium, & opus factum cum summo dispẽdio. Episcop. vero nec lucrum amittet, si ꝙ enim ius habebit, illud erit saluũ: nam respubl. restitutionem petit aduersus cautionẽ non præstitam, vt scil. cauere possit de opere demoliendo, si cognitum & decisum fuerit per sententiam ius ædificandi non habuisse, & sic Episcopus non aliquod incurrit pręiudicium licet restitutioni sit locus, quoniam integrum erit illi cautionem ... e, & saluum est ius in ipsa causa principali; quare illud exemplum allatũ nihil obstat, quia non ... regulam, & in casu nostro maior est ratio, quam si lucrum amitteret Episcopus, vt patet.

Non obstat id quod dicebatur, probãdam esse læsionem, vt minor in integrum restituatur, quia siue hanc secuti fuerimus sententiam, siue aliorum, qui dicunt non esse necesse læsionem probare, hoc in casu fundata est reip. intentio, cum de eius læsione satis superq; constat, si deberet ædificium demoliri.

Denique non obstat quod dicebatur, remp. nõ esse restituendã, quia potuit consulere peritiores, nam cũ minoris iure vtatur, vt supra late est probatũ, sequitur, non illi esse imputandum, quod non cõsuluerit peritiores, sicut nec minori imputatur, quia permissum est minori ius ignorare & si ex iuris ignorantia læsus fuerit, in integrum nihilominus restituitur vt dictum est.

A. Fachineus Ingolstadij nomine collegij.

Pro Serenis. vtriusq; B. Duce, & Illustris. ac Reuerendis. D. Archiepiscopo S.

ARGVMENTVM CONSILII VI.

Agitur de mandatis iudicialibus sine clausula iustificatoria concessis, in quibus casibus valeant. De monopolio salis. De subreptionis & obreptionis exceptione, & quibusdam aliis annexis.

SVMMARIA.

1 *Præceptum sine clausula non valet.*
2 *Exceptis certis casibus.*
3 *Dignoscendis ex facti circumstantiis.*
4 *Primus casus ponitur.*
5 *Transactio non potest fieri super his quæ pendent ex testamento, nisi eo viso.*
6 *Vnusquisq; potest vendere cui velit rem suam.*
7 *Monopolium salis permissum est Principibus.*
8 *Et licet etiam vni soli vendere.*
9 *Dispositum in vno ex correlatiuis habet locum in altero.*
10 *Transactio valet & fauorabilis est.*
11 *Monopolium quando sit illicitum.*
12 *Quod alias est prohibitum propter præsumptam probitatem est permissum.*
13 *Secundus casus quo mandatum sine clausula valet.*
14 *Damnum quid sit.*
15 *Damnum differt à lucri amissione.*
16 *Lucri cessantis habetur ratio in iudiciis.*
17 *Tertius casus quo mandatum fieri potest sine clausula.*
18 *Ciuitates loco priuatorum habentur.*
19 *Quartus casus quo mandatum fieri potest sine clausula.*
20 *Mandatum sine clausula valet, quando factum nullo modo iustificari potest.*
21 *Quod ibi declaratur.*
22 *Etiam in notoriis pars citanda, quando excusationi locus esse potest.*
23 *Delicta quædam excusabilia, quædam non.*
24 *Exceptio sub- & obreptionis obiici potest contra præcepta sine clausula.*
25 *Præsumptio iuris est liquidißima probatio.*
26 *Dolus & fraus non præsumitur.*
27 *Præsumptio in meliorem partem capienda.*
28 *Interpretatio præualet, per quam delictum excluditur.*
29 *Et ibi num. seq.*
30 *Et ibi num. seq.*
31 *Et ibi.*
32 *Accidentia non sunt præsumenda.*
33 *Paupertatem allegans tenetur eam probare.*
34 *Priuilegium non præsumitur.*
35 *Præscriptio non præsumitur.*
36 *Factum ad æmulationem non præsumitur.*
37 *Principis rescriptum tacite habet clausulam, si preces veritate nitantur.*
38 *Hæc conditio si preces veritate nitantur, suspendit effectum rescripti.*
39 *Cum obiicitur exceptio subreptionis & obreptionis, cui probandi onus incumbat impetranti rescriptum, an aduersario?*
40 *Terminus ad probandum dari debet.*

Iesu Christi suffragio implorato.

EXistimo Serenissimum D. vtriusq; B. Ducem, D. meum clementis. nec non Illustris. ac Reuer. Dn. Archi-

Archiepiſcopum S. à clariſſimis Dominis aſſeſſoribus Imperialis Cameræ fuiſſe grauatos, in cauſa mandati pœnalis ſine clauſula iuſtificatoria eiſdem facti, ad inſtantiam ciuitatis R. & ideo non alias eſſe partes Dn. Remiſorum, quam in pronunciando bene petitam fuiſſe reuiſionem à dicta ſententia, & male fuiſſe pronunciatum per dictos Dominos Aſſeſſores, caſſando ac reuocando dictum mandatum, aut ſaltem illud reducendo ad viam iuris, & partes remittendo ad proceſſum iuris ordinarium.

Cauſæ vero quibus moueor tres ſunt potiſſimum: Prima, quia tale mandatum de iure fieri non potuit nec debuit.

Secunda quia ſtantibus exceptis & oppoſitis pro parte dictorum Principum, caſſari debuit & reuocari.

Tertia quia non ſic pronunciari potuit ſicut fuit pronunciatum, abſq; vllis probationibus, nempe vt intra certum tempus dicti Principes docerent de paritione mandati, alioquin in pœnas in eo contentas inciderent.

Et licet non ignorem ſingulas ex iis per ſe ſufficere, omnes tamen veriſſimas eſſe demonſtrabo, quo magis iuſtitia horum Principum eluceſcat.

Quod attinet ad primam, vt oſtendam, tale præceptum fieri non potuiſſe, præmitto in primis man-
1 data hæc pœnalia ſine † clauſula de iure fieri nō poſſe, & nullius eſſe momenti. *arg. l. 1. C. de execut. rei iud. l. prolatam C. de ſent. & interloc. l. nec quicquam. §. vbi decretum. de offic. procon.ſ.* Andreas Gail *lib. 1. obſeru. 13.* extatq; ordinatio Cameræ expreſſa *lib. 2. cap. 23.*

Secundo præmitto quoſdam eſſe caſus tam ex iu-
2 re communi, quam † ex ordinationibus Cameræ, in quibus talia mandata fieri poſſunt, vt patet ex dicta ordinatione Cameræ, & ex trad. per Gail. *loco proxime citato*, tradunt Alexan. Ripa & alii *in l. filius fam. §. Diui. ff. de leg. 1 in l. de pupillo. §. meminiſſe. de oper. nou. nunc. in d. l. nec quicquam. §. vbi decretum.* Aretin. *in §. curare. inſtit. de act.*

Tertio præmitto, cum quæritur an ſit caſus in quo
3 permiſſum ſit eiuſmodi † preceptum ſine clauſula iudicem id æſtimare debere ex rei quæ proponitur natura, & circumſtantiis facti & perſonarum, nō autem ex proprio arbitrio, *argum. l. iudices. C. de iud. l. reſpiciendum ff. de pœnis. cap. iudicantem. 30. quæſt. 5. cap. iudicet. 3. quæſt. 7.*

His ita præmiſſis apparet præfatos Principes habere fundatam intentionem, quod ſcil. tale mandatum fieri non potuerit, nec pro libero iudicis arbitrio. Quamobrem videndum eſt, an ex omnibus caſibus, in quibus de iure fieri poſſunt eiuſmodi præcepta, vnus ſit iſte qui proponitur, ſi enim omnibus enumeratis apparuerit non eſſe, manifeſtum erit tale præceptum fieri non debuiſſe, nec potuiſſe.

4 Primus caſus eſt ordinationis † Cameræ, *lib. 2. c. 23. ſi res cauſaue propter quam mādata petita ſunt, per ſeſe de iure & conſuetudine prohibita eſſent, & ſicubi talia patrarentur etiam abſque omni vlteriori cognitione, pro puniendis & iniquis habeantur.*

Vt hic caſus locum habeat duo coniunctim requiruntur: Primum, vt res ſit per ſe de iure prohibita. Secundum, vt abſq; vlteriori cognitione, ſi committatur, pœna digna cenſeatur.

Exemplum adfert Mindanus *libr. 2. de mandatis iudicialibus cap. 11.* in mandatis inhibitoriis, vtputa, ne pendente appellatione quid attentetur. Ne quis dolo malo & inique offendatur. His enim caſibus à præcepto tali inchoari poteſt.

Videamus an in caſu noſtro hæc concurrant. Ciuitas R. libellū dedit, in quo expoſuit Principes iſtos exercere monopolium de iure ꝓhibitum, illicitamque & prohibitam negociationem ac mercimonium ſalis, & ad iſtam ſupplicationem emanauit præceptum ſine clauſula.

Sed quomodo (vt hic primum exordiar) potuerūt D. Aſſeſſores naturam, vim & qualitatem tranſactionis initæ inter dictos Principes intelligere, & ex ea cognoſcere, an tale eſſet monopolium ac illicitum mercimonium, ſi tenorem contractus & tranſactionis inſtrumentum non viderunt?

Prudenter Caius noſter: *Neq; enim* (inquit) *ſine iu-*
dice tranſigi, neq; † apud iudicem exquiri veritas de his con- 5
trouerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcūtur, aliter poteſt quam inſpectis cognitiſq; verbis teſtamenti, l. 1 ff. quemad. teſtam. aper. l. de his. de tranſact.

Eadem ratio eſſe videtur in contractu de quo agitur.

Secundo vlterius procedamus, ac rem penitius inſpiciamus. Aiunt R. in dicta ſupplicatione: Illuſtr. Dn. Archiepiſcopus vigore dictæ tranſactionis non amplius vt antiquitus & hactenus obſeruatum fuit, vendit ſalem P. B. S & aliis: ſed tantum Sereniſſimo vtriuſq; B. Duci: ergo monopoliū de iure prohibitū committitur, contrahiturq; illicita negociatio inter dictos Principes: ergo inchoari potuit à præcepto ſine clauſula iuſtificatiua ex ordinatione Cameræ.

Reſpondetur multa conſiderari poſſe ad excuſationem ac defenſionem dictorum Principum.

Primum ſi P. & alii nominati negligerent vel recuſarent ſalem emere D. Archiepiſcopi.

Secundo. ſi non offerrent iuſtum precium.

Tertio, ſi Sereniſſimus vtriuſq; B. Dux talia haberet priuilegia, ex quibus eſſet iſtis præferendus.

Si dicatur de his non conſtare, replicatur, nec de contrario etiam conſtare. Ordinatio autem Cameræ requirit, vt res per ſe ſit iure prohibita, ita vt ſi committatur abſq; vlteriori cognitione, pœna digna eſſe cenſeatur.

Tertio non eſt bona conſequentia. Dn Archiepiſcopus non vendit amplius ſalem P. &c. ſed D. vtriuſque B. Duci, igitur eſt monopolium. Vnuſquiſque, inquit Theodoſ. Imp. pro ſuo † arbitratu quærere & 6
probare poteſt emptorem, *l. dudum. C. de contrah. em. pt.* & vnuſquiſq; rei ſuæ moderator & arbiter, *leg. in re mandata. C. mand.* & iniquum eſt ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum adminiſtrationem, *l. 1 ff. ſi à parente quis fuerit manum. iſſ.*

Oportebat ergo probare D. Archiepiſcopum de iure obligatum fuiſſe, ad vendendum iſtis nominatis, quæ res cauſæ cognitionem non exiguam poſtulabat, ac proinde non poterat per mandatum pœnale ad libellum ſupplicem R. expediri. *l. nec quicquam. §. 1 bi decretum ff. de offic. procon.ſ.*

Quarto conſiderandum eſt † ſalis monopolium 7
permiſſum eſſe Principibus qui habent regalia, inter quæ ſalinas eſſe conſtat, *vt habetur in tit. quæ ſint regalia.* & ibi Afflict. *in verb. ſalinarum.* inquit, iure communi prohibitum eſſe ac illicitum, vt aliquis ſolus emat vel vendat. *l. vnica. Cod. de monopol.* ſed hoc ſolum permiſſum eſt, inquit, Regi, vt poſſit prohibere ne alius vendat ſal. Idem notat Alciatus *in l. inter publica. circa finem. de verb. ſignif.* vbi dicit iſtud eſſe Principis monopolium ab antiquis quoq; inſtitutum, *& in conſ. 117 poſt num. 20.* ſic ſcribit: ſunt alii caſus, quibus reditus Principum conſiſtunt in monopoliis, & tamen tales reditus ſunt approbati à legibus, ſicut eſt

reditus

reditus salinarum, quod est monopolium Principis,
l. si quis. C. de vectig.

Non obstat si dicatur hæc eo pertinere, vt probe-
tur D Archiepiscopum solum, & nullũ alium in sua
ditione sale vendere posse, non tamen probari quod
soli Principi et vtriusq; B. & non alijs vendere possit.

Respondetur enim monopolium istud salis in eo
etiam consistere, vt vni soli vendatur, ita vt absq; il-
lius licentia nemo possit salem vendere vel emere.
8 Arcadius & Honorius: si quis † sine persona man-
cipum, id est, salinarum conductorum sales emerit,
vendereue tentauerit, siue propria audacia, siue no-
stro numinis oraculo, salis ipsi vna cum eorum pre-
cio mancipibus addicantur, *l. 11. Cod. de vectig. & com-
miss.* & ibi Dd. notant.

Ergo potuit Illustris. D Archiepiscopus soli Sere-
nissimo vtriusq; B. Duci salem vendere, & cõsequen-
ter licuit & licet ipsi Serenis. Duci emere. Hæc enim
9 sunt correlatiua † vẽdere & emere, & ideo de vtroq;
idem est iudicium: si licet vendere, licet emere, & è
conuerso *l. 1. C. de cupressu lib 11 l. vlt. C. de ind. vid. tollend.*
Euerard *in loco à correlatiuis.*

Quinto contractus initus inter præfatos Princi-
pes fuit circa huiusmodi salis distractionem ad tol-
lendas lites quæ inter eos fuerũt, & sic facta est trans-
actio certis modis & formis, quæ quidem transactio
valet, & † est fauorabilis & amica legibus. *l. fratris l.
de fide commiss C. de transact.*

Ergo in consequentiam talis transactionis quæ est
licita, videtur etiam licita conuentio circa sale. Mul-
ta enim in consequentiam permittuntur, quæ prin-
cipaliter prohibentur. *l. 1. de auctor tutor. l. 3. & ibi.* Ia-
son *in 3. not. C. de iudicijs.* Crauetta *in consil. 6. numer. 111.*
vbi respondit in consequentiam contractus loca-
tionis, quæ permissa est licuisse salem alienare ac
distrahere, licet alienatio ipsa salis prohibita esset.
11 Sexto monopolium tunc † illicitum reputatur,
cum dolose fit & fraudulenter, in præiudicium rei-
publicæ alias secus, Innocent. *in capit. significante. de pi-
gnor* Petrus *in summa. in vers. emptio. quæst.* 18. Rebuf-
fus *de magistris & monopolijs. artic.* 4. *Gloss.* 2. *nu* 4. De-
mahudærius *in practic. crimin. titul. de monopolijs.* Ti-
berius Decianus *tractat. crimin. tom. 2. cap. 21. numer. 2. 3.*
Corrasius *de contract. tractat 3. quæst. 51. versic. quod au-
tem monopolium.* & ita loquitur text. *in l. vnic. C. de mo-
nopolijs.*

Sed talis dolus & fraus non præsumitur, *l. quoties.
§. qui dolo. de probat. l. meritò. ff. pro socio.* imo præsum-
ptio est in fauorem Principum prædictorum, qui de-
uenerunt ad eiusmodi transactionem sincere & bo-
na fide, vt præsumitur & certum est, ergo cessat in
illis ratio prohibitionis monopolij: & consequenter
prohibitio. *c. cum cessante. de appell.*
12 Et quod alias est prohibitum † propter præsum-
ptam probitatem est permissum, *c. nisi essent. de præbend.*
Alciatus *in terminis monopolii. dict. consf.* 117. *nu.* 20. *versic.
secundo quia.*

Atq; hæc de primo casu ordinationis Cameræ.

Secundus casus est si ita forte imploranti parti tale
13 grauamen † imponeretur, & iactura afferretur, quod
postea damni recuperari non possit.

Vbi enim tam magnum imminet periculum, æ-
quitas postulat, vt à regulis iuris recedatur. Exem-
plum affert Mindanus *libr. 2 de mandatis iudicialib. cap.*
3. *si vitæ, honoris, famæ*, vel omnium bonorum pe-
riculum immineat, si syluæ arbores annosæ, quæ
longissimo tempore nõ succrescunt succidendo de-
uastentur. Item in arcium, fortaliciorum, templorum
demolitione, fluminum deductione, vel aliam ad
ripam alueumue deriuatione & similibus, in quibus
damnum est irreparabile.

Duo sunt necessaria, vt casus iste locum habeat.
Primo vt graue damnum inferatur. Secundo, vt sit
irreparabile id est, postquam illatum est resarciri &
recompensari non possit.

Sed neutrum horum verum est in proposito casu
nostro, ergo non potuit concedi mandatum absque
clausula.

In primis damnum est † diminutio patrimonii, *l.* 14
3. *ff. de damno inf.* sed R. non patiuntur aliquam patri-
monii diminutionem, solum amittunt lucrum,
quod percipere solebant ex cõmercio salis, quod per
Danubium vectum R. venditur, ergo non patiun-
tur damnum.

Recte enim Vlpianus: Non debet videri is da-
mnum facere, qui eo † veluti lucro, quo adhuc vte- 15
batur prohibetur multumq; interesse, vtrũ damnum
quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat, vti prohi-
beatur, *l. Proculus de damn. inf* Et Imper. Theodos. *in l.
vlt. C. de codicil* ait: non esse eandem paremque ratio-
nem amittere debita, & lucra non capere, not. Bart.
& alii *in l. Titio. § 1. de cond. & dem.*

Nec potest obiici quod dicitur de lucro acquisito
& radicato, quod habeat speciem damni, quia lu-
crum istud non est acquisitum, sed incertum & ac-
quirendum: & id pendet ex futuro euentu.

Multo minus † potest dici damnum irreparabile: 16
nam si quid R. lucri amisissent hanc ob causam con-
sequi potuissent, cum Principes isti sint soluendo, *l.
3. §. vltim. ff. de eo quod certo loco leg. socium qui in eo. ff.
pro socio.* Natta *in consil.* 370. Gail. *libr. 2. obseruation. 6.
numer.* 3.

Tertius casus ordinationis Cameræ est, cum agi-
tur de publica vtilitate, tunc mandatum pœnale abs-
que clausula concedi potest.

Exemplum affert Mindanus *vbi supr.* cum † agitur, 17
ne fluminibus ad impedienda nauigia officiatur: ne
noua vectigalia iniussu Principis exigantur: vt tutæ
sint viæ Regiæ, & securitas præstetur: ne seditiones,
tumultus & scandala fiant: ne iniussu Principis signa
militaria moueantur.

Quæ quidem exempla sicut recte & apposite sunt
allata, ita facile ostendunt nostrum hunc casum lon-
ge ab eis alienum esse. Nam hic non agitur de publi-
ca vtilitate, sed de priuata vtilitate ipsorum R. Con-
stat enim ciuitates loco † priuatorum haberi. *leg. eum* 18
qui vectigal. 16 *ff. de verb. sign.* pulchre Fornerius *libr. 2.
select. cap.* 22.

Hoc cum fere intelligerent R. adiecerunt in sup-
plicatione hanc rem detrimento futuram toti Impe-
rio, præcipue vero regno B. vtriq; P. Ducatibus F. &
B. & aliis prouinciis.

Sed hæc non probarunt, nec verisimilia sunt, quia
nemo hactenus conquestus fuit exceptis R. si enim
tot prouinciis id noceret, certe verisimiliter reclã-
massent, quia nemo præsumitur iactare suum, *l. cum
de indebito de probat.*

Quartus casus ordinationis Cameræ est, quando
periculum † est in mora. Puta secundum Mindanum 19
loco sæpe citato, si periculum sit inuasionis, siue irre-
ptionis hostilis. Si quis in carcere cum fame, squalo-
re & inedia cum sanitatis & vitæ discrimine detinea-
tur, si armorum sit metus præsentissimus, si alimenta
denegentur, &c.

Et hac doctrina iuuabatur olim Scipio Nasica, vt
præclare explicat Zasius *in l de vnoquoque. numer.* 18. *de
re iu-*

re iudic. contra Mutium Scæuolam in factione Gracchana. Noluit Scæuola vt contra Gracchum procederetur, nisi eo citato & processu legitime instituto. Scipio autem Nasica eleuata manu clamabat, si quis vellet rempubl. saluam esse, se sequeretur, & vno impetu Tiberium Gracchum occiderunt. Interrogatus vero cur id faceret, respondit. Dum Scæuola cum suis iuribus cunctari pergit, amittimus ciuitatem & iura.

Nos nequaquam versamur hoc in casu, nullum enim video periculum in mora, nisi quis velit istis casibus annumerare lucri amissionem, quod facere solebant R. ex sale R. aducto.

Ex his patet nos nequaquam versari in casibus ordinationis Cameræ, quibus talia mandata conceduntur.

Quod attinet ad ius commune, omissa materia operis noui nunciationis, & pignorationum, & similium, quæ ad rem non faciunt, videamus an ad rem nostram accommodari possit generalis illa conclusio Doctorum, præceptum sine clausula fieri pos-
20 se, quando † factum nullo modo iustificari potest, quod tali præcepto prohibetur, ita vt etiam parte præsente & inuita concedendum foret. Ioan. Andr. ad Specul. *tit. de sentent. §. species. versicul. sed habeo quæstionem.* Iason *in l. nec quicquam. §. vbi decretum. numero 1. ff. de offi. proconsul.* Andr. Gail. *libr. 1. de pace publica. capit. 5. numer. 11. & libr. 1. obseruat. 13. numer. 3.* Mindanus *de mandatis iudicial. l br. 2. cap. 11. in 1. casu.*

Dico nos nequaquam versari hoc in casu. Nam hæc doctrina Ioann. Andr. & sequacium intelligen-
21 da est, quando † certum est, quod si pars fuisset præsens, nullam habuisset defensionem, nec potuisset iudicem vel Principem trahere in suam sententiam, id probatur ex trad. per Aretin. *in § curare. § penult. de act.* Iason *consil. 169. columm. 1. libr. 2.* Ruinum *consil. 31. numer. 3. libr. 5.* Gabriel. *libr. 2. commun. conclus. tit. de citationib. conclusion 1. num. 349.* Portium *lib. 1. commun. opin. conclus. 42. num. 16.*

Et confirmari potest ex alia communi sententia,
22 quod etiam in notoriis † pars citandi sit, quando excusationi locus esse potest, vt tradit Gabr. *d. conclus. 1. tit. de citationib. num. 5.*

Et magis ad rem, ex tradit. per Innocent. Abb. Imol. & alios *in capit. vestra. de cohab. cler. & mul.* & per Aretin. *consil. 163. num. 6. versic. venio ad secundum.* dum
23 inquiunt aliqua esse † delicta, quæ nullam possunt habere excusationem, vt est blasphemia, adulterium, & similia. Alia vero quæ possunt excusitionem habere & defensionem & ideo inquiunt, quod licet sit aliquid, quod regulariter secundum genus suum est de genere prohibitorum, si tamen aliquo casu licite fieri potest & excusari, tunc requiritur partis citatio, sequitur Ruinus *consil. 31. numer. 3. lib. 5.*

Sed ex supradictis patet, multis modis potest hoc factum excusari istorum Principum, & optime defendi, ergo doctrina Ioan. Andr. & sequacium ad rem nostram accommodari non potest.

Et hæc quoad primum caput, in quo pollicitus sum me ostensurum, tale mandatum absq; clausula decerne fieri non potuisse.

Venio nunc ad secundum caput, quod stantibus exceptis & oppositis mandatum cassari & reuocari debuit.

Pro huius igitur rei demonstratione præmitto,
24 exceptionem subreptionis & obreptionis † opponi posse aduersus huiusmodi præcepta, *l. vniuersa. Cod. de rescript. capit. 2. eod. titul.* Andr. Gail. *libr. 1. obseruat. 14.* Mindanus *de mandatis iudicialib. libr. 2. capit. 15. & 16.*

Sed hoc mandatum per subreptionem & obreptionem R. fuit impetratum: ergo nullum fuit, & merito cassari debuit & reuocari.

Hoc probatur quod assumo. Narrant hæc R. pro impetrando mandato:

1. Monopolium illicitum, & omni iure prohibitum ex parte Principum.
2. Interitum & exitium eorum ciuitatis.
3. Periculum tumultus.
4. Impossibilitatem soluendi tributa imperio.
5. Publicum damnum & præiudicium.
6. Priuilegia antiquissima.
7. Arbitrium liberum vtriusque B. Ducis imponendi precium salis.
8. Ad æmulationem factum pro interitu ciuitatis R.
9. Factum hoc nullo iure posse iustificari.

Contra in exceptionibus hæc vera esse negatum fuit, & pro defensione hæc allata.

1. Monopolium non committi, quia cessat dolus & fraus.
2. Nullum interitum imminere ciuitati R.
3. Nullum periculum tumultus.
4. Nullam esse impossibilitatem soluendi tributa.
5. Non lædi publicam vtilitatem.
6. Nullũ extare priuilegiũ nullã præscriptionem.
7. Nullam iniustitiam circa precium salis præsumendam.
8. Ad æmulationem factum non præsumi.
9. Factum hoc multis modis defendi, excusari & iustificari posse.

Dico iuris præsumptionem esse pro Principibus ita excipientibus & contra R. supradicta asserentes aperte militare. Consequenter dictos Principes habere liquidissimas probationes, ex iuris præsumptione dictarum suarum exceptionum subreptionis & obreptionis.

Est enim iuris † præsumptio liquidissima proba- 25
tio, *leg. licet. de leg. 1.* vbi Alexand. & Iason, Alciatus *de præsumpt. in princip. tit. 3. part. num. 3.* Menochius *de præsumpt. libr. 1. quæst. 36. 37.* Decius *consil. 400. column. 3. versic. & ratio manifesta.* Crauetta *consil. 129. in fine & 134. num 10.*

Quod autem iuris præsumptio militet in fauorem Principum circa dictas exceptiones & contra R. sic deducitur.

Ciues R. dicunt committi monopolium: negant Principes. Præsumptio iuris est pro illis, quisquilibet præsumitur bonus. Nemo præsumitur delinquere. Dolus & fraus † non præsumitur, *l. meri- 26
to. ff. pro socio. l. dolum. Cod. de dolo. l. quoties. §. qui dolo. de prob. at.*

Et ideo ea facta quæ dubium est, quo † animo 27
fiant, in meliorem partem sunt interpretanda. *cap. 2. de reg. iur.*

Et semper illa præualet † interpretatio per quam 28
delictum excluditur, Crauett. *consil. 51. num. 18.* Decius *consil. 278. ad fin.* Menoch. *de arbitr. casu 199. numer. 17. 18.*

Et si certo loco vel tempore † actus potest esse li- 29
citus, & alio loco vel tempore illicitus, ex præsumit actum fuisse in casu licito, Bart. *in l. non solum. §. sed vt probari. ff. de oper. nou. nunc.* Alciat. *late regul. 3 præsumpt. 1.* Gabr. *lib. 7. commun. conclus. tit. de malef. concl. 2. num. 26.*

Et ma-

30 Et maxime vbi † agitur de alicuius defenſione Dec. *in c. ſuper literis nu. 8. de reſcript.*

Et procedit etiam in præiudicium tertii id negan-
31 tis, quia ipſe † contrarium tenetur probare, niſi aliqua obſit coniectura, Felin. *in cap. vltim. numer. 12. de præſumpt.*

Secundo R. allegant interitum & tumultum ciuitatis. Negant Principes. Præſumptio eſt pro ipſis
32 Principibus, quia talia accidentia † non ſunt præſumenda. Alciatus *de præſumption. regul. 2. Præſumpt. 1.* Menochius *de præſumpt. libr. 6. præſumpt. 37.* Maſcardus *de probationib. volum. 2. concluſion. 1082. in verſ. mutatio.*

Tertio dicunt R. non poſſe ſoluere contributiones Imperii & alia onera. Negatur id in exceptionibus. Præſumptio eſt in fauorem negantium: quia is qui
33 allegat paupertatem † tenetur probare, quia non creditur, Gloſſ. *in l. ſi vero § qui pro rei. in verſ. dubitetur. ff. qui ſatiſdar. cog.* & ibi Paulus, Caſtrenſ. Alexan. & Iaſon, Afflict. *deciſ. 377. nu. 6.* Maſcard. *de probat. vol. 3 concluſ. 1154. num. 5.*

Quarto dicunt R. ſe habere priuilegia & præſcriptionem. Negatur in exceptionibus. Præſumptio eſt
34 pro negante, quia priuilegium † non præſumitur nec pertinentia, *cap. cum perſona de priuil. lib. 6.* Maſcard. *de probat. vol. 3 concluſ. 1194 nu. 36.*

35 Et de præſcriptione † quod non præſumatur, probatur *in cap. 1. de præſcript. libr. 6. in c. auditis. in cap. veniens. eod. tit.* Gloſſ. *in c. volumus. in verſ. in concuſſam. 16. quæſt. 4.* Maſcard. *vbi ſupra vol. 3 concluſ. 1212.*

Quinto aſſerunt eſſe factum ad æmulationem. Negant Principes. Præſumptio ſtat pro iſtis, quia fa-
36 ctum ad † æmulationem non præſumitur, Gloſſ. *in l. fluminum. § vlt. in verſic. non tenet. de dam. inf.* Iaſon *in l. quo minus num 35. de flumin.* Menoch. *de arbitr. caſu 156.* Maſcard. *de probat. vol. 2. concluſ. 620.* Andr. Gail. *libr. 2. obſeru. 69. num. 30.*

Denique aiunt hoc factum iuſtificari non poſſe, quod negatur; & quod iuſtificari poſſit, patet ex ſupra deductis.

Superest vt quod tertio loco pollicitus ſum, exequar. Dato ſcilicet quod fieri mandatum potuiſſet, & quod reuocari non debuiſſet, tamen non potuiſſe ita pronunciari per Dominos Aſſeſſores, ſicut eſt pronunciatum.

Hoc probo omne Principis mandatum vel reſcri-
37 ptum ad inſtantiam partis † impetratum habere intra ſe illam conditionem, *ſi preces veritate nitantur, l. vniuerſa. Cod. de reſcript. cap. 2. eod. tit. cum aliis ſupra allegatis.*

38 Hæc conditio † expreſſa in reſcripto, vel tacite ſubintellecta, habet vim ſuſpenſiuam, ita vt pœna in mandato ſeu reſcripto inſerta non incurratur, niſi veritatis precibus, Felinus *in dict. cap. 2. num 9. de reſcript.* Ancharan. *conſil. 24. incip. Per prædicta. column. vltim. circa finem.* Vitalis Cambanus *tractat. de clauſulis. ſub 24. § clauſula, ſi preces veritate nitantur, numero 1.*

Sed in præſenti caſu, non ſunt verificatæ preces, R. igitur non ita pronunciari debuit, ſed erat iniungenda probatio narratorum in precibus, non autem præceptum ante probationem ſeu verificationem precum confirmandum, vti factum eſt.

39 Nam cum obiicitur exceptio † ſubreptionis & obreptionis aduerſus Principis reſcriptum, tenetur is, qui reſcriptum impetrauit, probare veritatem precum & narratorum, non autem obiiciens falſitatem Ioann. Andr. *in cap. 1. de iuis conſeſſ. libr. 6.* Abbas *in capit. 2. de reſcript. & in capit. quia circa. in 1. & 3. not. de conſanguinitat. & affinitat.* Ripa *in dict. capit. 2. numer. 29. de reſcript.* Socinus Senior *in conſil 164. viſa Bulla. num. 5 6 lib. 2.* Imola *in cap. ſuper literis. numer. 19. de reſcript.* Decius *in capit. conſtitutus. numer. 3. eod. titul.* Berous *conſil. 144 numer. 23 & conſil. 2. num 12. libr. 3.* & ante iſtos Specul. *tit. de except. § nunc videndum. num. 23. verſ. licet autem.* Oldrad. *conſil. 256. num. 2.* Maſcard. *de probat. vol. 3. concluſ. 1123. nu. 4. 5. 6. & ſeq.*

Sed dato non conceſſo, quod hæc probatio ſubreptionis & obreptionis incumberet ipſis Principibus, tamen debuiſſet illis terminus aſſignari, ad eam probandam, non vero ſic pronunciari vti factum fuit, quia terminus ad probandũ † & probationes ad iuſtitiam pertinent, licet non ad ſubſtantiam iudicii, 40
Vantius *de nullitate ex defectu proceſſus. num. 37.* Maſcard. *de probat. vol. 1. quæſt. 1. num. 10 11. & ſeq.*

Ita iuris eſſe exiſtimo, ſaluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolſtadii nonune Collegii.

Pro Nobili N.

ARGVMENTVM CONSILII VII.

Defenditur inquiſitus de ſtupro, raptu & adulterio.

SVMMARIA.

1 *Actore non probante reus abſoluitur.*
2 *Ancillæ non eſt credendum dicenti ſe per vim fuiſſe ſtupratam.*
3 *Nemo poteſt eſſe ſimul accuſator & teſtis.*
4 *Mulier minor 20. annis, pauper & vilis repellitur à teſtimonio.*
5 *Mulier inhoneſta vitæ, non præſumitur per vim cognita.*
6 *Ceſſat præſumptio violentiæ ex reiterato coitu.*
7 *Bona fama inquiſiti tollit ſiniſtram ſuſpicionem violenti ſtupri.*
8 *Præſumptio violenti ſtupri ceſſat cum mulier diſtulit accuſationem.*
9 *Inhoneſtas vitæ probatur per teſtes ſingulares.*
10 *Defloratio probanda eſt per mulieres honeſtas.*
11 *Raptus quis ſit.*
12 *Raptor non punitur morte, niſi raptam carnaliter cognouerit.*
13 *Nec ſufficit attentatio.*
14 *Qualiter quod mulier non ſit meretrix probanda.*
15 *Ceſſat pœna ſtatuti cum quis non conſummauit delictum.*
16 *Et ex generali conſuetudine ſic ſeruatur.*
17 *Præſertim cum quis ſponte noluit conſummare.*
18 *Stupri pœna non habet locum cum ancilla cognoſcitur.*
19 *Et ceſſat ſtupri pœna vbi ſunt indicia vitæ inhoneſtæ.*
20 *Coniugatus cognoſcens ſolutam non incidit in pœnam adulterii.*

Ieſu Chriſti inuocato auxilio.

EXiſtimo Dn. N. de ſtupro violento accuſatum abſoluendum eſſe, ex regula iuris notiſſima. Actore non probante † reus abſoluitur. *l. qui accuſare.* 1

Cod.de edend. ſicut argumentantur Burſatus *conſil. 69. in princip.* poſt Aretin. ab eo citatum *in conſ. 57. num. 4. & ſeq lib. 1. conſ. crim. diuerſ.*

2 Nec credendum eſt † ancillæ dicenti ſe fuiſſe per vim ſtupratam, Grammat. *conſil. 45 in princ.* Horatius Lucius *conſil. 161. num. 9. & 10. tomo 1 conſ. crim. diuerſ.* Roſellus *conſil. 12. tomo 2. dictorum conſil.* Bettrazol *conſ. 3. num. 4 & conſ. 167. num. 6.*

Præſertim cum ipſa querelam porrexerit. Nemo
3 enim poteſt † eſſe accuſator & teſtis in eadem cauſa, Gramatic. *in dict. conſil. 45. numer. 1* vbi loquitur in terminis noſtris.

4 His accedit, quod † eſt minor 20 annis, Alexan. *conſ. 64. col. 1. lib. 1.* Roland. *conſ. 24. num. 66. libr. 1.* & eſt pauper, vilis, & abiecta fœmina, & ideo penitus à teſtimonio repellenda. Io. de Amicis *conſ. 87. numer. 8.* Roland *conſ. 24. numer. 64. libr. 1.* Burſatus *dict conſ. 69. num. 24.*

Accedit etiam quod dicta ancilla probatur fuiſſe
5 vitæ inhoneſtæ, quo caſu † non præſumitur per vim cognita, D. Cæphal. *conſ. 140. num. 26. & 34.* Burſat. *d. conſ. 69. num. 38.*

6 Et fatetur ſe aliis vicibus fuiſſe † carnaliter cognitam ab eodem N. *vt in proceſſu fol. 70.* quo caſu ſimiliter ceſſat præſumptio violentiæ, Roman. *conſ. 167. nu. 7.* Boſſius *tit. de co tu damnato. nu. 36.* Adden ad Matheſilan. *not. 99 nu. 7.* Vulpellus *conſ. 94. nu. 4. & 5.*

7 Quæ omnia confirmantur ſtante bona fama † & vita inquiſiti in terminis per Horatium Lucium *dict. conſil. 10 num. 50. tomo 1. conſ. crim. diuerſ.* Bertazol. *conſ. 3. num. 24.*

Et quia hęc ancilla diſtulit per octo dies querelam
8 de aſſerto ſtupro porrigere, quo caſu † oriri præſumptionem contra eam, quod per vim cognita nō fuerit, tradit Afflict. *ad conſtit. regni Neapol. libr. 1. titul. de violentia meretrici illata. num. 13.*

Nec obſtat ſi dicatur inhoneſtatem vitæ huius ancillæ non probari, niſi per teſtes ſingulares, quia re-
9 ceptum eſt etiam † per teſtes ſingulares probari vitæ inhoneſtatem. Aymon *conſ. 75. num. 6.* Bettazol. *conſil. 20. num. 6. & nu. 23. vbi de commun.*

Minus obſtat obſtetricum depoſitio, dicentium, dictam ancillam videri defloratam ante decem dies,
10 quia ſunt viles, pauperes † & ignobiles fœminæ. Ad probandam vero deflorationē requiritur, quod mulieres ſint honeſtæ & diſcretæ, Crot. *de teſtib. part. 2. nu 162.* Campegius *de teſtib. reg. 124.* Burſat. *d. conſ. 69. numer. 24.*

Quod attinet ad alteram accuſationem de raptu alterius virginis, pro quo eſt pœna mortis impoſita, ex Principum edicto, niſi rapta mulier fuerit publica
11 meretrix, videtur mihi res plana, quia † raptus proprie eſt, quando conductio fit de loco ad locum, ad effectum abducendi, non autem gratia commodioris coitus, Clar. *§. raptus. in princ.* Hic autem inquiſitus nō probatur abduxiſſe de loco ad locum, ſed de vna Camera ad aliam.

Secundo quia eam carnaliter non cognouit. Com-
12 munis eſt autem ſententia † raptorem non puniri pœna mortis, niſi mulierē carnaliter cognouit. Boer. *deciſ. 316. num. 4. comm. opin.* Viu. *lib. 1 verſ. raptor honeſtarum.* Couar. in *clem. ſi furioſus. nu. 8. de homi.*

13 Nec ſecuta attentatione † carnalis copulæ mulieris raptæ quis plecti poteſt capitali pœna. Menoch. *de arbitr. caſu 316.* Et probanda erat à fiſco qualitas illa,
14 quod mulier nō † eſſet publica meretrix, licet de iure non præſumatur, Boſſius *tit. de plurib. violen. n. 65.* Natta *conſ. 581. nu 20.* Roland *conſ. 84. num. 10. lib. 3.* Burſat. *conſ. 69. num. 4. & 9.* vbi de magis communi Borgnin. *deciſ. 27. nu. 21.* Bertaz. *conſil. 50 per totum. & de communi 134. in princ.*

Et iſtis illud accidit quod dictus † inquiſitus, non 15
conſummauit delictum ſponte ſua, quo caſu non incidere in pœnam ſtatuti reſpondet Bald. *conſ. 356. lib. 1* omnia enim iura punientia conatum pœna † mor- 16
tis per generalem conſuetudinē abolita ſunt, Grammat. *deciſ. 2. nu. 13. & num. 18.* Boer. *deciſ. 316. num. 3.* Couar *d. clem. ſi furioſus. in 2. part. num. 6. verſ. tertio eſt omnino & num. 11. vbi de communi.*

Et quod non teneatur pœna decreti cum † non 17
fecerit quicquid potuit, vt actum conſummaret dictus inquiſitus, facit quod ſcribit Menoch. *de arbitr. caſu 360. num 26. & num. 36.*

Quod attinet ad alteram mulierem quam dicitur
ſtupraſſe † abſq; vi, cū ſit ancilla, ſeu vt vulgo loqui- 18
mur fanteſca, non tenetur de ſtupro, Alex. *conſ. 3. nu. 6. libr. 7.* Pariſ. *conſ. 160. libr. 4.* Aymon. *conſ. 166. num. 6.* Adden. ad Matheſil. *not. 99. num. 10.*

Huc accedit malæ & inhoneſtæ † vitæ indicia di- 19
ctæ ancillæ, quo caſu ceſſat pœna ſtupri, nec tenetur eam dotare accuſatus, vt per Pariſ. *conſ. 160. lib 4* Clar. *§. ſtuprum. verſ. ſed quæro.*

Nec puto etiam adulterii pœnę locum eſſe aduerſus inquiſitum, quia coniugatus † cognoſcens ſolu- 20
tam, non dicitur committere adulterium accuſabile & punibile, ſecundum leges Cæſareas, *l. inter liberas. ff. de adult. l. 1.* & ibi Salic. *C. eod.* Socin. Sen. *conſ. 148. num. 3. lib. 1.* Nonius *conſ. 53. num 9. & num. 35.* Clar. *§. adulterium. verſ. tribus autem.*

Hæc eſt mea de hac cauſa criminali D. N. ſententia deciſiue, vti requiſitus ſum, prolata, ſaluo &c.

Andreas Fachineus Ingolſtadii nomine Collegii.

Pro Ioanne Benedicto ciue Piſano.

Argumentum Conſilii VIII.

De teſtamento ad alterius interrogationem. De codicilli validitate. De ſuccumbente in cauſa criminali, an ſit in expenſis condemnandus, & de aliis ſimilibus.

Summaria.

1 *Teſtamentum in dubio præſumitur validum & ſolenne.*
2 *Inſtrumentum publicum facit rem claram.*
3 *Etiamſi teſtes in eo adhibiti non examinentur.*
4 *Teſtes debent eſſe rogati.*
5 *Et ſufficit à quocunq; rogentur.*
6 *Præſente tamen teſtatore.*
7 *Vel ab alio debent eſſe rogati, qui fungatur vice teſtatoris.*
8 *Hæredis nomen licet expreſſum non ſit ore proprio teſtatoris, nihil refert.*
9 *Sufficit enim illud exprimere ad interrogationem Notarii.*
10 *Stipulari poteſt Procurator nomine præſentis.*
11 *Sententia proferri dicitur à iudice, cum Scriba vel Notarius eam recitat.*
12 *Teſtamentum firmum ac validum habetur ad alterius interrogationem.*

13 Et

13 Et sufficit interrogationem fieri à quacunq; persona.
14 Et cum à Notario fit interrogatio, res caret suspicione.
15 Testator non præsumitur dolo inductus ad testandum.
16 Blanditiis licet aliquem inducere, vt sibi relinquat hæreditatem.
17 Fallit quando quis est in articulo mortis.
18 Testamentum vt valeat debet testator ore proprio nominare hæredem.
19 Testamentum ad alterius interrogationem valere, quomodo sit intelligendum.
20 Testis vnus regulariter non probat.
21 Testamentum est suspectum quo illi excluduntur, qui ab intestato sunt proximiores.
22 Testamentum est suspectum, quando datur iuramentum testibus de non reuelando.
23 Et idem quando procuratum fuit, vt testamentum sit occultum.
24 Testi vnico quando credatur.
25 Testis si deponat de præsentia alicuius, non tamen infertur quod intellexerit.
26 Testamentum corruit, quando testes testamentarii illi contradicunt.
27 Testamentum an valeat, quando Notarius dicit testatorem nominasse hæredes ore proprio, & testes dicunt nominatim à Notario.
28 Falsi in crimine tria requiri.
29 Testes non probant ob contrarietatem.
30 Testes concordari possunt ad effectum, vt euitent pœnam falsi, non autem vt probent.
31 Attestationes factæ in causa criminali probant in ciuili.
32 Testamentum factum ad alterius interrogationem sustinetur in vim codicillorum.
33 Testium rogatus non est de substantia in codicillis.
34 Statuti Pisani de numero quinq; testium in testamentis ponderatio.
35 Statutum correctorium iuris communis interpretari debet secundum ius commune, eo excepto quod corrigit.
36 Et semper in quantum fieri potest, secundum ius commune interpretari.
37 Et vbi non corrigat ius commune.
38 Correctio iuris communis non est inducenda, nisi specialiter cautum sit.
39 Nec debet induci per tacitos intellectus.
40 Actione criminali expedita, potest ciuilis proponi.
41 Testem audire potuisse satis est, licet non audierit.
42 Testamentum non reprobatur ex eo, quod testis dicat se non audiuisse.
43 Blanditiis vti licet ad inducendum aliquem, vt sibi relinquat aliquid in testamento.
44 Testamentum valet ad blanditias factum, licet aliud præcesserit quod reuocatur.
45 Testes legatarii in codicillis non sunt idonei.
46 De eodem.
47 De eodem, & quomodo in testamentis legatarii sint testes idonei.
48 Testes in codicillis debent esse omni exceptione maiores.
49 Testis vnus contradicens testamento, facit illud vacillare.
50 Blanditiis vti ad inducendum quem, vt sibi relinquat quando non liceat.
51 Præsumptiones violentæ faciunt rem manifestam.
52 Victus victori condemnatur in expensis.
53 Ampliatur.
54 Limitatur.
55 Præsumitur pro sententia.
56 Victus in criminalibus, quando non sit condemnandus in expensis.
57 Quid de consuetudine.
58 An conueniri possit accusator actione iniuriarum.
59 Actio iniuriarum ad quid detur.
60 Iniuria non fit sine animo iniuriandi.
61 Et quando cesset animus iniuriandi.
62 De eodem.
63 Calumnia vera quæ sit.

Christi nostri redemptoris auxilio inuocato.

INterrogatus sum à Dn. Ioanne de Benedictis, ciue ac mercatore Pisano, de sequentibus iuris quæstionibus pro veritate & iustitia.

Prima, an stantibus testium depositionibus examinatorum coram Clementissimo Dn. Commissario, super testamento olim condito per D. Nicolaum eius fratrem, possit de iure & ciuiliter agẽdo dictum testamentum dici nullum & inualidum. Nam super querela criminaliter porrecta nihil intendo dicere ad offensam eorum, qui sunt accusati seu inquisiti, atq; ita expresse protestatus fui, ac protestor.

Secunda, an etiam codicillus postea factus à D.D. Nicolao eius fratre sit nullus ac inualidus, stante maxime depositione dictorum testium, & similiter hæc quæstio proponitur ciuiliter agendo.

Tertia, posito sine præiudicio veritatis, quod super querela obtinere non possit in ea parte quæ criminalis est; an de iure sit in expensis condemnandus, vel potius absoluendus.

Quarta an supposito eodem facto, quod in criminali querela succumbat, possit conueniri actione iniuriarum, nec ne.

Quod attinet ad primam quæstionem videbatur prima fronte respondendum, dictum testamentum esse validum & solenne, & ita in ciuili iudicio pronunciari debere: quia testamẽtum hoc fuit scriptum & rogatum à notario publico, qui de eo confecit publicum instrumentum, præsentibus septem testibus adhibitis & rogatis, testatore ipso sanæ mentis existente licet corpore infirmo.

Testamentum † autem in dubio præsumitur validum ac solenne, *l. 3. ff. de mil. testam. l. cancellauerat. in fin. ff. de his quæ in testam. delen. l. si pars. ff. de inoff. testam.* Aym. *cons.* 143. *nu.* 3. Menoch. late *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 10. *in princ.* Illustr. D. Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib.* 2. *tit.* 9. *in princ.* 1

Et publicum instrumentum † facit rem claram & notoriam, & dicitur probatio probata & non probanda, vt dicebat in proposito Socin. Iunior *in consil.* 178. *num.* 1. 2. *lib.* 2. & ante eum Alex *cons.* 33. *num.* 4. *lib.* 3. etiamsi nullum † sit testium examen, & ita conseruatur de consuetudine, secundum Gloss. *in l.* 1. *numer.* 15. *C. de testam.* Cardin. Mantic. *de coniect. libr.* 2. *tit.* 12. *n.* 2. Surd. *cons.* 414. *num.* 21. *lib.* 3. 2 3

Et est doctrina Bartoli *in l.* 1. *num.* 8. & ibi Iason *nu.* 10. *de oper. nou. nunc.* Decius *consil.* 425. *num.* 9. Tiraq. *de retract. consang.* §. 1. *Gloss.* 1. *num.* 10. Menoch. *de recup. poss. rem.* 1. *num.* 224.

Et licet testes † debeant esse rogati, *in Authent. rogati. C. de testib.* tamen sufficit eos fuisse rogatos à Notario præsente testatore, vt in casu isto euenit Socin. Iun. *d. cons.* 178. *num.* 4. *lib.* 2. 4

Sufficit enim testes † à quocunque rogari. Riminald. Senior *consil.* 254. *num.* 18. Socin. Senior *cons.* 229. *num.* 3. *libr.* 2. *& in l. si quis ita. num.* 3. *de reb. dub.* vbi dicit ita fuisse responsum ab omnibus Dd. Italiæ. 5

Quod tamen intelligitur præsente † testatore, & 6

 patien-

patiente; quia tunc testator ipse mandare intelligitur. Purpurat. *conf.* 441. *num.* 7. Mascard. *de probat. vol.* 3. *conclus.* 1354. *num.* 7.

Testes enim debent esse rogati, vel à testatore, vel
7 ab † alio qui fungatur vice testatoris, Dn. Mantica citans alios *lib.* 2. *tit.* 11. *nu.* 4.

8 Nec referre videbatur, quod testator † nō expresserit ore proprio nomen hæredis, prout requiritur in testamento nuncupatiuo. *l. hæredes palam. ff de testam. l. iubemus. C. eod.* Quia sufficit exprimere illud per rela-
9 tionem ad interrogationem † notarii, vt dicebat gl. *in d. l. iubemus. in vers. quemadmodum.* quam secuti sunt ibi Bart Bald. Ang. Alex. & alii comm. & esse comm. fatetur ibi Ias. & multi alii Dd eandem sententiam amplexi sunt, adeo vt dubitandum non sit, quin hęc sit communis Doctorum sententia, vt per Siluanum *cons.* 54. *nu.* 10. Anton. Gabr. *com. concl. lib.* 4. *tit. de testam. conclus.* 2. vbi infinitos citat, & eandem sententiam nouissimè secuta est Rota Romana *decis.* 638. *in* 1. *parte. in nouissimis.*

Quæ sententia ea ratione nititur, quoniam paria sunt ore proprio vel alieno, ex proprio consensu & voluntate loqui, & hæredem nominare. Hinc vide-
10 mus stipulationem quæ contrahi † non potest, nisi vtroque loquente, *l.* 1. *de verb. oblig.* tamen procuratorem stipulari posse pręsentis nomine, *l. procurator. præsentis de verb. oblig.*

11 Sic dicimus sententiam proferri à † iudice cum recitante Scriba vel Notario iudex recitatione facta ait, ita pronuncio *l.* 1. *&* 2. *C de sent. ex breu. recit* qua ratione in proposito vtitur Bald. *in l. iubemus. nu.* 6. *Cod. de testam.* & late Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 8. *num.* 11. 12. *& seqq.*

Et hæc sententia locum habet, etiamsi non constaret testatorem voluisse testari, & interrogatur à
12 Notario vel à persona priuata. Nam adhuc † valet testamentum, nec enim repugnat, quod non constet testatorem voluisse testari, ex quo erat in sua potestate recusare vel approbare hæredis nominationem, Alex. *cons.* 33. *n.* 11. *lib.* 3. vbi nu 12. scribit opinionem eorum qui. aliter sentiunt carere ratione & æquitate, Menoch. *vbi supra num.* 16. *& seqq.*

13 Quinimo sufficit † interrogationem fieri à quacunq; persona etiam suspecta, vt valeat testamẽtum, cum fuerit in facultate ipsius testatoris respondere vel non respondere, Socin Sen. *cons.* 229 *colum.* 6. *lib.* 2. Dec. *cons.* 489. *nu.* 60. Ruin. *cons.* 2. *n.* 10. *lib.* 2. Menoch. *vbi supr. num.* 20.

Sed cum hic fuerit facta interrogatio à Notario,
14 qui omni † suspicione caret, res videtur esse clarissima, Bald. *in l. iubemus. num* 6. *Cod. de test.* illis verbis. Sed quicquid ipse dicat quando interrogatio fit à tabellione rogato, dic valere testamentum, quem Baldum refert & sequitur in terminis Siluanus *dict. cons.* 54. *numer.* 10. *versicul. Notario enim interrogante.* vbi alios citat, faciunt quæ in fauorem Notarii late deducit Mascardus *de probationib. volumin.* 2. *conclusion.* 1098.

15 Nec testator præsumitur dolo vel metu † inductus ad testandum, quia dolus non præsumitur, sed probari debet, *l. quoties §. qui dolo. de probat.* D. Mant. *de coniect. lib.* 2. *tit.* 7. *in prin.* Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 12. *in princ.*

16 Et licitum est blanditiis † aliquem inducere, vt sibi relinquat hæreditatem, *l. vlt. C si quis alterum testari prohib.*

Et licet istud non videatur procedere, quādo quis est in articulo mortis, quia tunc mortis cogitatione non censetur id voluntarie † fecisse, vt dicebat Soc. 17
Sen. *in l.* 1. *§. si quis ita num.* 2. *de verb. oblig.* quem refert & sequitur D. Cæphal. *cons.* 176. *nu.* 40. *lib.* 2. relatus à D. Mantic. *de coniect. libr.* 2. *tit.* 7. *num.* 4. vbi transit cum ista opinione. Tamen in casu nostro D. Nicol. testator non erat in articulo mortis tempore testamenti, quinimo superuixit p quindecim circiter dies, adeo quod non potest dici cogitatione mortis ita fuisse turbatum.

Quibus tamen non obstantibus contrariam sententiam iuri magis consentaneam in præsenti casu existimo, nempe dictum testamentum esse nullum & inualidum.

Pro cuius sententiæ confirmatione ego præmitto in facto, quod Dn. Nicolaus testator in dicto testamento suas sorores hæredes instituit, excluso Dn. Ioanne eius fratre, qui secundum statutum Pisanæ ciuitatis ab intestato succedere debuisset.

Secundo præmitto in facto istud etiam constare, quod testator non nominauit ore proprio hæredes, sed ad interrogationem Notarii, qui scriptum instrumentum publicauit, testibus respondit, se ita velle testari, sicut in dicta scriptura continebatur, ita vt non constet, nec probari potest, quod testator expressent voluntatem suam commun. testibus, nec quoad hæredis institutionem: nec quoad legata, sed tantum interrogatus à Notario, si volebat ita disponere, prout lectum fuerat, dicunt testes respondisse, quod sic.

Id ita in facto verum esse patet ex processu fol. 2. *subito arriuati comincio à leger il testamento ser Piero.*

Domandato le detto Nicolao auanti che il notaio, legesse il detto testamento, si come anco dopo parlasse è dicesse cosa alcuna & che parole rispose, auanti non disse nulla quando fui præsente, ma si bene nel leger detto testamento, hauendo lasciato alla sua serua à cinque, ò dieci surdi, gli disse non li voglio mi testo, &c. e poi ser Piero lesse di lungo il testamento & finito che hebbe il medesimo ser Piero disse à Nicolao le te croi contento di far cosi & lui disse misser si io mi contento di tutto quello è santo cosli & di poi fummo licentiati.

Et fol. 27. à tergo, & 28. alius testis sic dicit: *Domandato se detto Nicolaio disse cosa alcuna, à detto testimonio, quando arriuo in Camera, Rispose Sign. no.*

Domandato quanto si stesse à legger il testamento, quando arriuo & se era steso, Rispose credo che il testamento fusse disteso & si stesse poco à leger lo.

Domandato se Nicolaio lua che fu il testamento dal notaio disse cosa al una, Rispose, il notaio disse, Nicolaio contentate vi cosi & fate croi cosi come io ho letto esso disse di si.

Et 4. testis fol. 39. *Domandato quanto si stesse à leger il testamento arriuati che furno tutti li testimonii rispose lo lesse subito.*

Domandato se il notaio quando essi testimonii arriuorno, & che erano quivi in Camera scriuesse il testamento, o pur haueua disteso rispose, haueua scritto.

Et infra fol. 40. tergo *Domandato le detto Nicolaio Rispose subito quando il sere gli disse le dette parole, rispose lui staua che io per esser malato ma il notaio gli disse, esprimete la parola, e dite ò si ò no quello volete, & lui disse di si.*

Idem fere deponunt omnes alii testes vno excepto, sed vox vnius vox nullius, *l. iurisiurand. C. de testib. c. licet. eod. tit.*

Præ-

Præmitto vltimo quod hæc omnia facta sunt præsentibus sororibus & sororiis in camera vbi erat testator, & post omnia absoluta, iuramentum testibus delatum est, de tacendo & nō reuelando quod fuerat actum.

Istis ita suppositis in facto, venio ad cōprobationem conclusionis supradictæ, quod scilicet testamētum de quo in præsenti agitur, sit nullū & inualidū.

Hoc autem probo & verissimum esse demonstro,
18 quoniam testamentum non valet in quo † testator nomine proprio non nominauit heredem, *text. est in l. iubemus C. de testamen.* & ibi Iason, *n. 2.* notat id requiri pro forma, quia lex vlterius procedit annullando testamentum, & concordat, *l. heredes palam. ff. eod.* Decius *cons. 86. n. 19.*

Omnis difficultas in hoc est posita an sufficiat hanc expressionem fieri per tabellionē vel alium. Etenim communis sententia est sufficere, quam ego nō impugnabo, nec ab ea recedam, licet non defuerint, qui ab illa recesserint. Admitto inquam hanc communem sententiam, sed illam intelligendam esse dico & declarandam prout communiter à doctoribus intelligitur & declaratur, si enim communem declarationem & limitationem istius communis conclusionis ego sequar, & illam ad præsentem facti speciem accommodauero, manifestum erit hanc meam consultationem non singularibus opinionibus niti, sed communib. & propterea in iudicando sequendam esse, & tanto magis quando & verissimam esse demonstrabo.

Communis igitur hæc est declaratio doctorum, quod dicitur testamentum valere ad interrogatio-
19 nem notarii, tunc † verum esse quando probatur & constat, scriptum fuisse dictante testatore & exponente voluntatem suam notario, de quo in casu nostro non constat quia testes examinati, qui fuerunt præsentes testamento, non deponunt, quod testator dictauerit, vel exposuerit voluntatem suam notario; sed tantum quod dum vocati fuerunt, notarius legit testamentum, adeo quod potuit scribi, alio suggerente ita ad literam, D. Tib. Decianus *cons. 65. n. 13. lib. 2.* vbi citat Io. And. Roman. Corneum, Anto. Butr. Affl. & Marsilium. qui *sing. 449. n. 2.* ita dicit. ex quo instruantur notarii, vt permittant testatorem nominare heredē & legatarios ore suo proprio, alias testamentum esset inualidum.

Sed volumus hanc rem penitius inspicere atque examinare an ita sit, & an alii doctores concordent, ita vt sit hæc declaratio verissima, & communiter recepta, sicut initio diximus.

Hæc sunt verba Glo. *in l. iubemus. in ver. quemadmodum. C. de testamen.* ex qua originem habet communis opinio quod valeat testamentum, quando ad alterius interrogationem testator nomina heredum expressit.

Sed quid si alius exprimat & ipse profiteatur se agnoscere verbu? Respond. Sufficit, vt supra tit. 1. l. hac consultiß. §. at cum humana fragilitas. nam & ibi in non caco loquitur, & etiam ibi dicitur sic fieri: & pro hoc est Authen. signata hic &c. non obseruato.

Castrensis *in l. hac consultißima §. at cum humana fragilitas. n. 2. C. de testa.* sic scribit. *& hoc sufficeret, licet testes non audierint ab ore suo omnia ibi descripta, sed ex ore notarii & ita communiter obseruatur in testamentis cuiuscunque, quia primo notarius conficit scripturam de omnibus, & postea vocat testes, & aduerte quod oportet constare, quod illam scripturam fecerit de voluntate testatoris.*

Idem Castrens. 155. *n. 2. lib. 1.* ibi. *tunc ergo dicit sufficere talem responsionem* (scilicet testatoris ad interrogationem notarii) *quando constabat de intentione testatoris, antequam esset interrogatus.*

Corneus *in d. l. iubemus. n. 31.* ibi. *quod procedit, si fuit scripta de voluntate testatoris, alias forte non procedit indistincte nec dicto casu faciunt dicta iura.* & loquitur in terminis quæstionis nostræ.

Sed clarius idem Corneus *cons. 232. n. 4. lib. 1.* sic ait, *Glo. in l. iubemus, est intelligenda secundum legem quam allegat. Allegat autem l. hac consultißima. §. at cum humana fragilitas. C. eod. qua loquitur, quādo ille qui interrogauit, scripsit prius testamentum de eius voluntate, & postea dum legit omnia testibus, testatorem interrogauit, & ille respondit, sic, prout dicit Paulus de Castr. in §. at cum humana fragilitas.* &c.

Et paulo infra, *sub eodem numero. inquit, communis autem opinio Glo. Bart. & doct. procedit, quando constat quod vult testari, vel quia rogat notarium vel testes, quod sint præsentes testamento, vel alias constat quod ea est sua intentio.*

Et paulo infra *eod. num.* eadem repetit, & idem late etiam repetit *in cons. 319. n. 2. vers. & Glo. illa l. iubemus. eod. lib. 1.*

Crauetta *in cons. 17. n. 1.* sic ait, *breuiter licet communis opinio, Glo. & doct. videntur velle, quod valeat, vt habetur in l. iubemus. C. de testa. tamen ista communis opinio sane intelligi debet, dummodo constet de voluntate testatoris quod testari vellet, puta, quia testator rogauerit notarium, & testes pro testamēto faciendo, vel quia aliter verbu declarauit quod testari vellet, vel si ante interrogationem scriptum fuit testamentum, de voluntate eius, nam istis casibus, quia apparet de voluntate testatoris, iura nihil mali suspicantur, contra notarium aut aliam personam &c. ideo valet institutio facta ad interrogationē notarii, secus si non appareat quod testator vellet testari, quia non rogauerat notarium neque testes, nec aliter verbis declarauerit quod testari velit, nec mandauerit testamentum scribi ante interrogationem ipsius notarii. ita declarat Corneus, &c.*

Et paulo post. Modo in proposito proponitur in facto, quod si testes testamentarii examinentur, non poterunt deponere, quod testatrix rogauerit notarium, neque ipsos testes ob causas ipsius testamenti, nec quod aliter intellexerint de volūtate ipsius mulieris, quod omnino testari vellet, sed solum testificari quod ipsa mulier ter respondit, vt supra ad interrogationem notarii, &c. Hactenus Crauetta & idem scribit *cons. 143. n. 13. vers. quin imo.* & iste est præcise casus noster, vt patet ex testium depositione, quam supra retuli.

Idem voluit Iason. *in d. l. iubemus in fine vers. secundò limita.* sic dicens. *limita quando notarius de scientia & voluntate testatoris scripsit, & postea præsente testatore & testibus exprimit nomina heredum, tunc sufficit, & ita tota die obseruatur in facto &c.*

Eandem sententiam sequitur Socin. iunior *cons. 183. n. 31. lib. 2* sic dicens, *secunda datur limitatio ad illam Glo. in l. iubemus. vt procedat, quando defunctus habuerat animum testandi, & ille qui interrogauit, fuit adhibitus, & per testatorem rogatus ad actum illum explicandum,* &c. & statim subiungit. *oportet ergo quod aliquo modo vltra illam simplicem responsionem appareat, quod defunctus volebat testari & ad id deliberate veniebat,* &c. vbi citat doctores. & testatur de magis comm.

Eandem sententiam secutus est Ioan. Crot. *in l. 1. §. si quis ita. n. 20. de verb. obl.* vbi scribit ita fuisse iudicatum à Rota Romana, & multi alii quos refert & sequitur Anton. Gabrielius. *lib. 4. tit. de testamentis. conclus. 2. num. 10.* & ibi, *sub num. 12.* dicit hanc esse

magis communem sententiam, quibus addo Petrum Anton. Anguſtiolam. *lib. 6. conſ. 73. num. 16.* & Ruinum apertiſſime *in conſ. 8. num. 9. lib. 3.* & collegium Patauinum, *conſilio 1. vol. 1. conſiliorum, ad vltimas voluntates pertinentia.* & Francisſ. Becium. *conſ. 86. num. 31. verſ. tertio contraria.* Couar. *in c. cum tibi. n. 4. verſ. eſt tamẽ intelligenda. de teſta.* Crauett. *conſ. 670. n. 7.* Manticam *de coniect. lib. 2. tit. 6. n. 9. & ſeqq.* Surd. *conſ. 414. n. 54. lib. 3.* Craſſ. *in §. inſtitutionum. q. 17. n. 9.* Plot. *conſ. 17. n. 13.* & Burſat. *conſ. 307. n. 84. lib. 3.*

Et hæc communis ſententia veriſſima videtur vt dixi, quia fundamentum habet firmiſſimum in ea concluſione, quod dictum doct. debet intelligi ſecundum legem quam allegat, vt per Bar. *in l. non ſolum. §. liberationis verbo. de lib. leg.* Gloſſa autem *in d. l. iubemus,* allegat tex. *in d. l. hac conſultiſſima. in §. at cum humana fragilitas. C. eod.* qui tex. loquitur, quando teſtator notario ſuam voluntatem expreſſit, & ille ſcripſit de mandato ipſius, vt bene deducunt Corneus & cæteri doct. ſuperius allegati, & melius omnibus collegium Patauinum *dict. conſ. 1.*

Nec tollitur hoc fundamentum ex eo, quod vnus teſtis depoſuerit teſtatorem cum notario locutum fuiſſe & ei prædixiſſe, quod volebat facere teſtamen-
20 tum, quia † hic eſt vnicus teſtis qui non probat regulariter. *c. licet. de teſtib. l. iuriſiurand. C. eod.* latiſſime Gabriel. *com. concl. tit de teſtib. concl. 1.* & tanto magis cum dictus teſtis ſit legatarius in dicto teſtamento, vt ipſe fatetur, *fol. 52.* che laſcio ſo ſurdi a vna ſua figlia. & ideo eſt ſuſpectus.

Et hoc ſit primum fundamentum & præcipuum.

Secundum eſt pro nullitate dicti teſtamenti facti ad interrogationem notarii, quia in eo ſunt inſtitutæ ſorores excluſo fratre Ioanne, qui ab inteſtato ſucceſſiſſet ſecundum diſpoſitionem ſtatuti Piſani,
21 conſequenter † tale teſtamentum eſt ſuſpectum, & non eſt illi fauendum, quia præſumitur factum ad ſuggeſtionem ſororum. Salycet. *in l. iubemus. C. de teſtam.* dicens quod vbi interrogatus inſtituiſſet venientes ab inteſtato, tunc poſſet opinio illius Glo. locum habere, ſed vbi alios inſtituiſſet, dicit habere teſtamentum pro ſuſpecto, & illi non eſſe fauendum, refert & ſequitur Ruinus *conſ. 8. num. 9. in fine. & nu. 10. lib. 3.* ſequitur etiam Corneus *conſ. 232. nu. 4. & 319 num. 2. lib. 1.*

Tertium fundamentum eſt in caſu iſto propter circumſtantias particulares facti huius. Nam teſtamentum factum eſt in domo D. Nicolai pręſentibus ſororibus & ſororiis, in quorum fauorem fuit factum, à quibus ægrotus Nicolaus gubernabatur in ſua infirmitate, & factum fuit delato iuramento teſtibus de non reuelando dicto teſtamento, donec mortuus eſſet dictus teſtator, excluſo Ioanne fratre
22 teſtatoris. Ideo licet valeat † teſtamentũ factum ad interrogationem alterius, tamen in caſu iſto non videtur valere, quia non præſumitur factũ ex voluntate ipſius Nicolai, ſed ad ſuggeſtionem ſororum & affinium; & hoc ipſum bene conſiderauit collegium Patauinum *in dicto conſ. 1. num. 17. in 1. vol. conſ. 10. in materia vlt. volunt.* quemadmodum & ſuſpi-
23 cionem oriri ex eo quod procuratum fuit, † vt teſtamentum eſſet occultum in vita teſtatoris arguit Gerardus Mazollus *conſ. 17. ſub numer. 30.* & ex eo quod non ſunt in teſtamento inſtituti heredes quibus ab inteſtato hereditas deberet arguit ſimiliter ad ſuſpicionem contra teſtamentum, Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 12. num. 10.*

Et hæc præſumptio coadiuuatur ex teſtificatione viri religioſi fratris Carmelitani confeſſarii eiuſdem Nicolai teſtatoris, dum erat infirmus antequam moreretur, ei dixit ſe velle relinquere ſua bona iis ad quos de iure ſpectarent: ex hoc enim conijci poteſt, non ex ſua voluntate illam diſpoſitionem profectam eſſe, ſed alio ſuggerente, & ſic non valet, per ſupradicta, nec locum habet Glo. *in d. l. iubemus.*

Conſtat autem teſti † vnico integræ fidei, probatæ vitæ, & ſpectatæ conſcientiæ plene credi. *c. nobiliſſimus. diſtinct. 97. c. 3. 8. q. 3.* Grammatic. *conſ. 13. n. 15. 16. & 17.* D. Zunthius olim collega meus *in conſil. pro vxore. num. 104.* qualis eſt ille Reuerend. Pater qui etiam alium habet conteſtem Fabricium Fertinum. 24

Quartum fundamentum eſt in rogatu teſtium. Nam licet ex commun. doctor. ſententia ſufficiat teſtes rogari à notario, vel à quocunque, tamen id poſſet locum habere, ſi teſtes dicerent quod prædicta fuerint geſta præſente teſtatore, audiente & intelligente, ſed ex hoc ſolum, quod teſtes teſtamentarii dicunt, quod notarius eos rogauerit, & dixerit præſente teſtatore, non probatur quod teſtator audierit & intellexerit: quia licet quando quis deponit de præſentia propria, includatur etiam præſumptione intelligentia, ſi tamen teſtes deponunt de † præſentia tertii, ex hoc non probatur nec præſumitur quod ille intellexerit, ita Ruinus citans Bart. & alios *in d. conſ 8. n. 12. lib. 3.* 25

Et iſte eſt caſus noſter, quia teſtes deponunt ſe non fuiſſe rogatos à teſtatore, ſed à notario, & non dicunt hoc factum fuiſſe teſtatore præſente & intelligente.

Quintum poteſt conſtitui fundamentum in eo, quod vbi teſtes teſtamentarii † contradicunt teſtamento, corruit teſtamentum, Socinus ſenior *conſil. 229. numer. 5. libr. 2.* Petrus Anton. Anguſt. *conſil. 73. num. 3.* Franc. Becius *conſ. 76. num. 9.* Felin. *in c. cum Ioannes. num. 46 & ſeqq. de fide inſtr.* copioſe Maſcardus *de probation. lib. 2. concl. 919.* 26

Sed teſtes teſtamentarii in caſu noſtro contradicunt teſtamento, igitur corruit.

Contradicunt in eo, quia omnes deponunt, teſtatorem non rogaſſe ipſos teſtes, vt eſſent præſentes teſtamento, ſed notarium fuiſſe qui rogauit, & tamẽ ipſe notarius in inſtrumẽtũ ſcripſit, teſtes fuiſſe rogatos ore proprio teſtatoris. quæ eſt expreſſa contrarietas inter eum & teſtes, ſicut in ſimili, quando notarius ſcripſit, teſtatorem † nominaſſe heredem ore proprio, teſtes vero dicunt nominaſſe ad interrogationem notarii, conſiderat Socinus ſenior *conſ. 229. col. 3. verſ. ſecundo principaliter. lib. 2.* Bertran. *conſ. 2. lib 6. num. 2.* 27

Et licet non putem notarium doloſe id feciſſe, & defendi poſſit à crimine falſi, per ea quæ tradit Alexan. *conſil. 33. numer. 10. 11. lib. 3.* quia criminaliter agendo vt pœna falſi locum habeat tria † requiruntur: mutatio veritatis, dolus, & quod alteri noceat, late Maſcard. *de probation. vol. 2. concl. 739. num. 12.* & potius error præſumitur quam falſitas, idem Maſcar. late *vol. 2. concl. 644. in prin.* 28

Tamen ciuiliter agendo prout hæc noſtra conſultatio procedit & intelligi debet, ſecus videtur dicendum, quia tales ſuſpiciones habentur in conſideratione quamuis ſint extrinſecæ. *c. inter dilectos. de fide inſtrumentor.* & propter talem ſuſpicionem debet iudex inclinare contra inſtrumentum Crauetta *conſ.*

134.

134. n. 16. & alii à Mascardo citati. *vol. 2. concl.* 740. *num.* 67.

Sextum & vltimum fundamentum constitui potest in [illegible] circa ipsum testamentum. Nam alii testes deposuerunt testatorem statim respondisse ad interrogationem notarii, alii non statim respondisse, sed tacuisse, propter infirmitatem, & ideo notarium iterum rogasse vt voluntatem suam exprimeret. Rursus aliqui deposuerunt testatorem locutum fuisse ipsis testibus, aliqui nihil dixisse, aliqui testamentum conditum ante prandium, alii post prandium. Stante enim
49 tali † contrarietate, testes non probant. *l. qui falsa aut varia. de testibus.* Becius d. *cons.* 86. *num* 10. Socinus senior *cons.* 20. *col.* 2. *lib* 3. & licet concordari possint
50 ad effectum † vt pœnam falsi euitent, non tamen possint concordari vt probent. Bart. *in l. inter stipulantem.* §. 1. *num.* 6. *de verbor. obligat.* Alex. *ibidem.* qui communiter B[illegible]. *de oppos. contra testes. num.* 13. Alber. de Malet. *de testib. c. fin. nu.* 30. vbi de com. Anton. Butr. *in c. cum tamen. num.* 4. *de testib.* vbi dicit hoc esse commune dictum legistarum, & ibi Abbas *nu.* 5. & Felin. *num.* 4. latissime alios citans Farinacius *de testib. quæst.* 65. *tit. de oppo. contra testes. parte secunda, num.* 76.

Quibus sic stantibus non obstant contraria argumenta. Nam ad primum concedo præsumi pro testamento, quod sit validum & solenne, sed hoc procedit regulariter, verum in casu nostro versamur in exceptionibus à regula, propter ea quæ iam deducta sunt.

Non obstat quod dicebatur testamentum factum ad alterius interrogationem valere, quia fateor id esse verum regulariter, vt dixi, sed illa regula quæ sumitur ex Glo. *in l. iubemus.* C *de testam.* patitur multas exceptiones, inter quas sunt aliquæ quæ ad nostrum casum recte accommodantur, vt patet ex iam dictis.

Quod vero dicebatur testamentum factum ad alterius interrogationem valere, licet non constet testatorem voluisse testari, nihil obstat, quia in contrarium se habet magis communis opinio, vt patet ex supra deductis, quæ non sunt repetenda.

Et hæc magis communis sententia verior videtur, quia Glo. *in d. l. iubemus.* debet intelligi secundum leges quas allegat: leges autem quas allegat loquuntur quando constat testatorem voluisse testari, & dixisse ac exposuisse suam voluntatem notario.

Tertio respondetur, doctores allegatos pro contraria sententia, non loqui in terminis nostris, quando scilicet militant supra dictæ præsumptiones ac [illegible], vt videri potest ex lectura eorum. Et cum doctores in nobis citati in contrarium de conditione nostra loquantur, in notario nonnihil obesse possunt quæ dicebantur de magna præsumptione iuris pro notario.

Neque vero dubitandum est, quin attestationes factæ in hoc iudicio criminali, probent etiam in ciuili iudicio inter easdem personas, vt declarat Bart. *in l.* 2. §. 1. *num.* 5. *ff. de vi bonor. rapto.* Ruin. *consil.* 4. *num* 5. *lib.* 4. Socinus senior. *consil.* 60. *num.* 3. *lib.* 4. vel poterunt testes citata parte repelli, & omnia produci † in ciuili iudicio super nullitate testamenti instituendi propter ea quæ in terminis istis tradit Surdus *cons.* 414. *num.* 43. *lib.* 3. 51

Concludo tamen hoc testamentum propter clausulam codicillarem sustineri posse, in † vim codicillorum, quoniam vbi non valet testamentum ad interrogationem alterius factum, sustinetur tamen in vim codicillorum, propter clausulam codicillarem, vt post Bald. Alex. Iasonem, Baldum, Nouell. Crot. Alciat. & alios concludit Becius *consil.* 86. *numer.* 34. Menochius *consil.* 45. *num.* 14. & 42. Surdus *d. consilio* 414. *in fine.* & idem est vbi aliqui testes contradicunt testamento, Iason *consil.* 124. *nu.* 8. *lib.* 1. D. Cæphalus *cons.* 546. *num.* 55. Surdus *vbi supra. num.* 103. 52

Similiter rogatus † non est de substantia in codicillis, ideo si non valet testamentum ex defectu rogatus testium, valet tamen in vim codicilli, si contineat clausulam codicillarem Mathesil. *sing.* 125. *Nota quod licet regulariter* Alex. & Iason. *in l. si non special. C. de testam.* Menoch. *cons.* 45. *num.* 15. & sic D. Ioannes rupto declarato testamento, nulli succederet ab intestato, & detracta quarta Trebellianica, restitueret heredibus scriptis hereditatem. 53

Post hæc scripta audiui partem aduersam fundamentum ponere in statuto Pisano, *sub rub. de vltimis voluntatibus*, in quo circa testamenta sic dispositum legitur. *Et remota solennitate testium, sigillorum & testium rogatione & subscriptione testium & testatoris, ita tamen, vt quinque testes masculi intersint & illud sufficiat. Idem in qualibet vltima voluntate sine scriptis † vt* 54 *sufficiant quinque testes, in quo numero non computetur notarius, quando per ipsum vltima voluntas scribitur, si ex ea scriptura tantum probatio inducatur: Et eo remoto, vt quia non fecit heredem vel eum non rogauit voluntas defunctæ personæ non deficiat, si actiones contra possidentes intendantur, nec heredes, qui ab intestato successuri sunt, quibus legitima non debetur, ad hanc defuncti successionem hereditario iure vllam habeant petitionem, cum omnia distribuit, vel distribuenda commisit, sed ipsis distributionibus, vel qui vulgo fideicommissarii dicuntur, quorum fides à testatore electa est, bonorum defuncti petitio tanquam heredibus detur si non infra annum ex quo præsentes fuerint, defuncti voluntatem adimplere neglexerint.*

Hoc statuto non obstante maneo in priori sententia. Nam statutum duo tantum disponit: Primo respectu testamenti in scriptis, (de quo nunc non agitur) quod non requiratur solennitas rogatus testium & notarii: nec subscriptionis nec sigillationis testamenti, nec numerus quinque testium, & hoc, vt dixi, non facit ad rem nostram.

Secundo disponit respectu testamenti nuncupatiui, & alterius vltimæ voluntatis, primo quod sufficiant quinque testes. Secundo quod valeat testamentum, etiam si in eo nullus heres instituatur, sed testator bona sua distribuat, vel mãdet distribui per fideicommissarios & executores. Tertio quod non requiratur rogatus notarii.

Nos versamur quidem in testamento nuncupatiuo, sed non est quæstio, an testamentum sit nullum, propterea ꝙ nullus heres fuerit institutus, sed aliter

testator bona sua distribuerit, vel quia notarius non sit rogatus, vel denique quia non sint adhibiti quinque testes.

Nã nihil opponimus testamento de quo agitur ob tales defectus, sed dicimus in eo fuisse institutos heredes, sed non ore proprio testatoris, sicut lex requirit.

Et iste casus est omissus à statuto. Disponit enim statutum, quod testamentum valeat in quo nullus est hæres institutus contra ius commune, sed non disponit, quod valeat testamentum etiam eo in casu quo institutus est hęres, sed non rectè, hoc est, non ore proprio testatoris, prout necesse est secundum ius commune. ideo nihil obstat dictum statutum. Est enim hæc communis & ab omnibus recepta cõ-
35 clusio, quod statutum est interpretandum † secundum ius commune, eo excepto, quod expressè corrigit. *c. cum dilectus. de fide instru.* Glo. & doct. *in l. si servi vestri. C. de noxalib.* Glo. ad *cons.* 19. *n.* 6. Ruin. *cons.* 29. *n.* 5 & 32. *n.* 11. & 38. *n.* 6. *lib.* 3.

36 Et etiam si sit contra † ius commune, tamen in quãtum fieri potest secundum illud interpretari debet. Alex. *in l. inter cætera. n.* 5 *de lib. & posthu.* Rolan. à Valle. *cons.* 72. *n.* 33. *lib.* 3 copiose Zanch. *cons.* 169. *n.* 8. *inter cons. vlt. vol.* Curtius iun. de communi *cons.* 7. *num.* 8.

37 Et breuiter sufficit † statutum in suo actu principali aliquid operari, & postea, vt minus corrigat, in reliquis debet restringi, & secundum ius commune interpretari Roman. *cons.* 199. *nu.* 6. Curtius iun. *vbi supra.* Paris. *cons.* 110. *n.* 6. *lib.* 3. Rolan. *cons.* 72. *n.* 37. 38. *lib.* 3.

Non enim est admittenda iuris communis cor-
38 rectio, nisi † fiat specialiter. tex. *in l. præcipimus. in fine. C. de appell.* Nec prouisio contra ius commune extenditur, vltra id, quod exprimit, etiamsi eadem ratio sit, etiam in casu non expresso. Bart. *in l. Cæsar. col.* 10. *vers. quarto quæro. de publica.*

Nec per tacitos intellectus, præsumptiones & cõ-
39 iecturas fit legũ † correctio, Glo. *in c. cupientes. §. qui per viginti. de elect. in* 6. Iason *in §. filium quem. ad finem l. fam. hercis.* Et ratio est, quia in dubio non præsumitur legum correctio *c. cum expediat. de elect. lib.* 6. Felin. *in c. nonnulli. §. sunt & alii col.* 18. *vers. sed ad istud de rescrip.* Merito qui allegat talem correctionem, debet eam probare cum iuris præsumptio resistat, *l. generaliter. §. si petitur. in fin. de fideico. lib.* Dec. *cons.* 400. *col.* 3. & 597. *n.* 4. Crau. *cons.* 135. *n.* 42. D. Cæphal. *cons.* 313. *n.* 10. 11. *lib.* 3.

Cum igitur statutũ nihil dicat de isto casu, quando scilicet hæres est institutus in testamento, sed nõ solenniter & prout necesse est, sed loquatur tantum de eo casu, quo nullo herede instituto testator mandauit sua bona distribui per executores, vel ipse aliter distribuit, nõ debet casus noster à statuto determinari, à quo fuit omissus, sed iure communi, à quo deciditur, secundũ præallegata. Igitur consulo D. Ioanni, vt si cupit agere ad nullitatem testamenti, nouum & ciuile iudicium instituat, & curet examinari contra sorores suas testes testamentarios, eisdem citatis: nisi causa vel concordetur, quod valde mihi placeret inter personas tam affinitate iunctas, & sanguinis vinculo, vel secundum statutum Pisanum compromittat, quod similiter ego valde probo & suadeo.

Nec enim est dubium, quin actione criminali ex-
40 pedita, † intentari possit ciuilis *l.* 1. *C. quando actio ciu. cri. praiud.* & ideo iudex reseruabit vtrique parti iura, postquam terminauerit iudicium huius [illegible] querelæ.

Aggredior secundam quæstionem de codicillo, in qua prima fronte dicendum mihi videbatur valere, quia de eo extat publicum instrumentum, quod facit rem claram, euidentem, & notorium, & pro quo est præsumendum, quod sit verum & [illegible], vt supra dicebam, in præcedenti quæstione in prima ratione dubitandi.

Nec obstare videbatur, quod vnus ex testibus contradicere videatur, vel duo, dicendo se non recordari, se non audiuisse reuocationem legati facti Ioanni, quia non propterea codicillus reprobari de-
bet, quia satis est, quod potuerit † testis exaudire, 41
licet non audierit, Ruin. *cons.* 12. *n.* 9. *vers. nec obstat. libr.* 2. quem sequitur D. Cæphalus. *cons.* 54. *n.* 75.

Et quod non reprobetur † testamentum [illegible] 42
ratio est in codicillo, ex eo quod testis dicat se non audiuisse, vel se non recordari, tradit Bal. *in l.* 1. *C. de sent. quæ sine certa quan. in prin.* quem sequitur Felin. *in c. cum Ioannes.* [illegible] 51. *de fide instr.* Bossius. *tit. de fal. [illegible] n.* 9. Berous *cons.* 45 *n.* 17. *lib.* 3.

Minusq; obstare videbatur, si diceretur dictã legalẽ reuocationem factam in codicillis fuisse per suasionibus & blandis verbis sororum & affinium dicti
Nicolai, quia licitum est blanditiis † vti & persua- 43
sionibus ad hoc, vt aliquid sibi relinquatur. *l.* [illegible] *ff & C si quis aliquem testa. prob. [illegible]* Cyn. *in l. quicquid C. arbitr. tutel.* vbi ait quod si tutor blandis verbis induxit aliquem ad sibi relinquendum, qui nolebat relinquere pupillo, valere testamentum Abb. *in c.* 2. *n.* 2. *de peculio cler.* vbi ait non delinquere eum, qui aliquem ad sibi relinquendum inducit blandis verbis, & infert ad prælatum suadentẽ alicui qui volebat ecclesiã instituere, vt se instituat, Henric. Boic. *in c. inter cætera. in fine. de præben.* vbi scribit non esse interdictum vsum blanditiarum, vt captetur institutio. Vasq. *de success. creat. lib.* 2. § 17. *n.* 14 Curtius iun. *cons.* 6. *n.* 7. D. Cæphal. *cons.* 414. *n.* 15. Bursat *cons.* 89. *n.* 27 Lancell. Galli. *consuet.* Alex. *prosa* 5. *n.* 33. Bened. *c. Raynut. in vers. condidit. il* 2. *n.* 25. *de testam.* Rota nouissima *de* 1542 *n.* 7. *in* 1. *parte.*

Et hoc procedit, licet † præcesserit aliud testamen- 44
tum, quia nihilominus sequens ad blãditias factum valet. Glo. & Cyn. *in d. l. quicquid. C. arbitr. tut.* [illegible] *in l.* 1. *n.* 4. *C. si quis aliquem testari prohib.* Dec. *cons.* 489. *n.* 6 Duran *de arte testandi. cau.* 4. *n.* 4.

Sed istis non obstantibus contrariam sententiam iuri magis consonam existimo, dictum codicillum non valere.

Et moueor trib. † argumentis, quæ satis clara mi- 45
hi videntur. Primum quia duo testes ex quinque requisiti in codicillis *aux. l. vltim. de codicillis. & alii con-cord* sunt legatarii qui huic codicillo interfuerunt. Nam filiab. istorum testium legata sunt relicta in dicto codicillo, ex quo ipsis parentib. videtur relictu, quoniam acquiritur illis vsusfructus saltem. *l.* 1. *C. de bonis mater. l. cum oportet. de bonis quæ lib.* Aut certe ipsi parentes in eo sentiunt commodum aliquod, vt ad sensum patet.

Constat autẽ legatarios † non esse idoneos testes 46
in codicillis. Angel. *in l. cistantib. n.* 1. *C. de testament.* Bald. *in l. qui testam. facto. ff. eod.* Socinus sen. *in l. si ita. & l. fin. de reb. dub.* Tobias Nonius. *§. legatariis. inst. de testam.* Farin. *de testib. quæst.* 60. *n.* 308.

Et hæc sententia confirmari potest ex eo, quod scribit Francis. Duarenus *in tit. qui testamenta facere poss. cap. de testib.* vbi scribit veriorem esse opinionem

eorum

47 [illegible] qui dixerunt legatarium † esse posse testem in testamento in scriptis, non autem in testamento nuncupatiuo, tunc enim cessat omnis difficultas quoniam in testamento in scriptis quod signatum est & clausum, testis ignorat quid contineatur, & quod sibi aliquid fuerit relictum, & ideo nihil prohibet, quominus testamento aperto recognoscat [illegible] ignarus sibi aliquid [illegible]. [illegible] perpendit, quod omnia [illegible] quibus dicitur legatarium posse testem esse in testamento, loquuntur in testamento in scriptis, [illegible] in [illegible]. iit. de testament. ordin. § legatariis. Nam [illegible] Imperator loquitur de testamento in scriptis, [illegible] circa finem tituli antequam agat de testamento nuncupatiuo dicit. Atque hæc de testamentis in scriptis [illegible] : ex quo patet superius [illegible] omnia, inter quæ est illud de legatariis quod possint esse testes in testamentis, pertinere ad testamentum in scriptis.

[illegible] perpendit tex. qui similiter pro legatariis [illegible], in l. si quis ita. de reb. dub. in verbo, [illegible], [illegible] tantum testamentum in scriptis obsignatum [illegible], non autem nuncupatiuum.

[illegible], ad l. qui testamento. ff. eod. respondet [illegible] testamento in scriptis vt indicant illa [illegible] scriptus est. & ad l. dictantibus. C. eod. [illegible] non ibi fuisse quæsitum an legatarii sint [illegible], sed an legari posset testib. ita vt non incidant in crimen falsi. Fieri enim potest vt alii testes [illegible], præter illos, quibus legatum est, [illegible], confirmari etiam potest ex ratione [illegible] Goffred. in l. qui testament. num. 3. de testam. [illegible] adductis a Nonio in d. § legatariis.

[illegible] idem Goffredus in d. l. qui testament. num. 5. [illegible] opinionem veriorem esse dicat, tamen nihil [illegible] eius authoritas, tum quia non respondet ad argumentum superius ab ipso allatum, pro [illegible] opinione, quam ibi fuit secutus, tum quia [illegible] malo fundamento, hoc est, authoritate tex. in [illegible] dictantibus. C. de testam. quatenus ibi loquitur [illegible] solum de testamento, sed etiam de omni alia [illegible] voluntate. Nam istud certe nihil est, quia in [illegible] quidem, id est, in prima parte tex. loquitur de testamento, & de omni alia vltima voluntate, [illegible] in secunda parte loquitur de solo testamento, [illegible] ait, testibus etiam ad [illegible] volunatem adhibitis [illegible] quod voluerit testator relinquere nõ prohibetur.

[illegible] verbis [illegible] loqui textum de testatore, [illegible] codicillante, vel conficiente omnem aliam vltimam voluntatem.

[illegible] dicit etiam testes esse idoneos, sed illis [illegible], erat enim dubitandi ratio, quia non [illegible] sibi adscribere legatum citra falsi pœnam [illegible] videbatur [illegible]ndum de testibus, quod [illegible] relinquere, sed contrarium decidi[illegible], & ita declarat Duarenus loco supra citato.

Et hanc sententiam quod legatarii non possint esse testes in codicillis, tenet etiam Crot. de testibus. [illegible] num. 1. & 2 quem & alios citat Mascar[illegible] probationib. vol. 1. concl. 309. circa finem. vbi co[illegible] relinquit, & idem Crotus in dicto tract. [illegible] parte 1. circa principium, idem scribit quod supra [illegible] ex Duareno, scilicet legatarios posse esse [illegible] in testamento in scriptis, ob rationem su[illegible], non autem in testamento nuncupatiuo, & citat Socin. in d. leg. si quis ita. de reb. dub.

[illegible] confirmari potest, quia testes in codicillis de-
48 bent esse omni exceptione † maiores, Angel. in cons. 128. in facto proponitur. Decius. cons. 105. num. 5 Plot. cons. 17. num. 70.

Secundum argumentum est, quia vnus ex testibus contradicit codicillo directe, vt in processu. fol. 24. his verbis: dum interrogatus fuit, an in codicillo fuerit reuocatũ legatum Ioanni relictum. Respondit, nõ l'hò sentita & in prin presenza [illegible] non si [illegible]. His. n. verbis aperte contradicit codicillo. Nõ enim dicit se non audiuisse simpliciter, vel se non recordari, sed ait non ita actum fuisse, quo casu corruit testamentum, & sic etiam codicillus, secundum communem opinionem, quod si vnus testis contradicat testamento † facit illud vacillare Glos. in l. 1. § si quis 49
neget. ff. quemad. testa. aperian. Bald. cons. 304. col. 2. lib. 5. Alex. Corneus. Socin. & Bossius quos refert & sequitur Surdus cons. 129. n. 26. communem dicit Socin. cons. 92. num. 1. lib. 3 & 229. num. 5. lib. 2. Decius cons. 86. n. 11. & alii passim.

Tertium argumentum est, quia consideratis omnibus circumstantiis, non videtur ille codicillus factus ex voluntate defuncti Nicolai, sed ad suggestionem sororum & affinium, propter ea quæ adduximus in secundo, tertio & quarto fundamento præcedentis quæstionis, quæ multo magis hic militare videntur, cum dictus codicillus contineat reuocationem eorum, quæ in testamento relicta fuerant Ioanni fratri testatoris. Nam licet permissum sit, blandis verbis & persuasionibus † aliquem induce- 50
re ad sibi relinquendum in testamento. l. fin. C. si quis aliquem testari prohib. tamen hoc verum est, nisi constiterit, quod alteri volebat relinquere, puta quia iam testamentum fecerat, tum enim non permittitur alicui ad sui commodum suadere etiam blandis verbis mutationem testamenti Angelus in d. l. fin. & in l. non est enim. ff. de inoff. testam. vbi refert ita fuisse alias iudicatum, refert & sequitur Barba. in c. presbyter. col. 1. de peculio clericorum, & Iason in l. de li. §. fin. in 4. not. de cond. ob cau. & licet ipsemet Iason in d. l. fin. videatur tenere contrarium, nisi dolus probaretur, dicit tamen prædictam decisionem & Angeli doctrinam esse notandam, quia est vtilis decisio, & facile dici posset dolum eo casu facile præsumi, cum iam testator de bonis suis disposuerit, & alteri spe multum probabili sit ius quæsitum, cui nouus successor quærit auferre, & damnum inferre. & ita pro multum singulari notat Marsilius sing. 526 [illegible], refert & sequitur Socinus iunior in cons. 148 num. 15. lib. 2. & Parisius qui in eodem casu consuluit. cons. 67. num. 56. lib. 3. idem voluit Cæpolla caut. 36. & hos & alios adducit, eandem sequens opinionem Peregrinus de iure fisci. lib. 2. tit. 6 numer. 12. vers. sed contra. Afflict. decis. 69. num. 6. 7. 8 Ruin cons. 73. nu. 8. lib 2. Neuiz. cons. 63. num. 24. Cotta in memor. incipiente, testatorem inducere. Crauet cons. 670. n. 1. Menoch. de arbitr. casu 395 n. 42 Surdus cons. 372. nu. 17. lib. 3. vbi n. 25. dicit hanc esse communem sententiam, adde Plotum cons. 17. num. 52.

Et num. 26. adducit rationem, quoniam inquit, mutatio voluntatis non præsumitur sine causa, l. [illegible] qui. de probat. vnde lex suspicatur ne interuenerit matura deliberatio in mutatione. Hinc dicimus, quod licet valeat testamentum ad alterius interrogationẽ, tamen si aliud præcedat solenne non tollitur, et secundũ, vt ibi per eum, citantẽ infinitas authoritates.

Et hic est aduertendum, quod præfati doctores non requirunt dolum in persuadente, sed tantum blanditias & persuasiones & conclusum testamentum non valere, idem ergo est dicendũ de codicillo.

Quod

Quis autem existimauerit testatorem persuasum non fuisse ad reuocandum legatum a suis sororibus & aliis, in quorum vtilitatem & commodum id cedebat, & apud quos infirmus morabatur, & à quibus in infirmitate gubernabatur, cum fuerit codicillus ille reuocatorius factus illis præsentibus absente Ioanne fratre, & omnia conuenerint quæ superius à nobis considerata fuere, circa testamentum, *in 3. & 4. argumento?* Certe mihi maxime videtur verisimile, & manifeste patere, per violentas præsum-

51 ptiones. adeo † vt dicere quis possit persuasiones elucere ex ipsa lectione instrumenti codicilli, vt dicebat Gerardus Mazollus *consilio decimo septimo num. 1. 2. 3.*

Et ad hæc perpendantur omnes doctores, quos superius citaui *in 3. fundamento* præcedentis quæstionis, qui ex præsentia coniunctorum ad quorum fauorem testamentum factum fuit, ad interrogationem notarii, arguunt factum præsumi ex instigationibus & persuasionibus coniunctorum, non autem ex libera voluntate testatoris, vt videri potest, nam semel dicta non repeto.

Et istis sic stantibus facile tolluntur in contrarium allata. Nam fateor in dubio, & alio non probato, præsumendũ esse pro codicillis, sicut pro testamento præsumitur, quod sit validum actum; sed hic obstant tria argumenta, quibus supra vsi sumus, ad ostendendum dictum codicillum non valere.

Non obstat quod testes contradicentes non abrogent fidem instrumento, quando dicunt se non audiuisse, vel se non recordari, quia secus est dicendum, quando dicunt, se non audiuisse, & non sic actum fuisse, tunc enim corruit instrumentum, vt patet ex supra deductis.

Non obstat quod dicebatur licere cuempiam blanditiis & persuasionibus allicere ad sibi relinquendum, quia hoc conceditur regulariter verum esse, sed dicimus non procedere quando agitur de reuocatione prioris voluntatis in testamento declaratæ, vt patet ex allegatis.

Et licet aliqui contrarium dixerint, tamen hæc conclusio à nobis firmata communis est, & verior, & ideo ab ea non est recedendum, in iudicando & consulendo.

Non obstat etiam, quod solet per partem aduersam obiici, post factum codicillum Nicolaum dixisse, *quel che è fatto è fatto.* quia hæc sunt verba relatiua, ad id quod factum fuit, & nihil addunt, solum probare videntur quod noluit mutare in illa rixa & tumultu fratris & affinium, sed non propterea negari potest, quia reuocatio delegati facta fuerit ex persuasionibus sororum & affinium, ideo non valet per supradicta.

Aggredior tertiam quæstionem, posito sine præiudicio veritatis, quod D. Ioannes succumbat in querela criminali, ob defectum probationis, respectu eius partis quæ continet delicta accusatorum, an debeat in expensis condemnari.

Videbatur affirmatiue respondendum: sicut e-

52 nim in ciuilibus victus † victori condemnatur in expensis. *l. properari. §. fin autem. C. de iud.* ita & in criminalib. *l. fin. C. de fruct. & lit. expens.* & ibi Salyc. *n. 2.* Ang. *de malef. in ver. & ad querelam.* Bossi. *tit. de accusa. num. 27.* Marsil. *cons. 44. num 25* Viui. *lib. 1. comm. opin. ver. index tenetur condemnare.* Hippol. Rimin. *cons. 303. per totum. lib. 3.* alios citat Farinacius nouissime *de accusatione quæst 16 n. 8.*

Quod procedit non solum in vero calumniatore, qui falsa crimina scienter opponit, verum etiam in præsumpto qui non probat crimina obiecta, [illegible] per inanitas authoritates probat Farinacius [illegible] supra, *num. 12.*

Sed iis & similibus non obstantibus [illegible] in casu nostro [illegible] esse [illegible], quod minime sit [illegible], & [illegible] conclusione ab omnibus recepta, quod [illegible] causa litigandi excusat ab expensis, [illegible] inter alias, quando iudicia in processu [illegible] aliqua continentur saltem sufficientia ad [illegible]-

54 dum, ex eis † enim accusator [illegible] excusatur, licet postea in accusatione [illegible] Angel. *in l. si va. antia. in [illegible] q. C. de bo. [illegible]* [illegible] son *in d. l. properandum § fin autem. n. 21. C. de iud.* [illegible] rad *in pract. tit de accusa. n. 1[illegible]* Boss. *de accusa.* [illegible] *ne.* Clar. *q. 62 vers. sed pone.* [illegible] *pract.* [illegible] mo. *cons. 178. n. 10.* Farinacius [illegible] comm. *de accusa. q. [illegible] n. [illegible]2.* vbi [illegible] ritates, & respondet ad contraria [illegible] transcribo. Sed in proposito [illegible] quin extiterint indicia ad inquirendum, vt patet ex interlocutoria clarissimi D. iudicis, dum [illegible] in carcerem conici testes & notarium, [illegible] accusatos, quæ transiuit in iudicatum, & [illegible]

55 est † præsumendum [illegible] dubio quod [illegible] ex *l. Herennius de euict. [illegible]* Nec enim potest [illegible] in carcerem conicere sine legitimis indiciis, [illegible] iudex tenetur actione iniuriarum Rol [illegible] *10. & seqq. lib 4.* Farinac. *tit de [illegible] q. 17. [illegible]* vbi *n. 128.* dicit solam querelam non sufficere, & declarat quæ sint indicia legitima, igitur in expensis condemnari non potest.

Secundo quia licet non probauerit multa contenta in querela, tamen probauit testamentum esse nullum & codicillum nullum & [illegible] cere debitis solennitatibus, vt patet [illegible] q[illegible] clusa & firmata sunt in præcedentibus q[illegible]

56 ex quibus plurimæ iustæ † causæ litigandi [illegible] colligi, quo stante nemo est qui dubitet, quod accusator debeat ab expensis absolui, est [illegible] *in l. 1 §. sed non vtique. ff. ad Turpil.* sic dicens, *sed non vtique qui non probat quod intendit protinus calumniari videtur. Nam eius rei inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui reo absoluto de accusatoris incipit consilio quærere, qua mente ductus ad accusationem processit & si [illegible] errorem reperit, absoluit eum,* &c. & est [illegible] indubitata conclusio Farinacius doct. adducens. *vbi sup. q 16. num. 33 34 tit. de accusatione.*

Quibus ita stantibus ad contraria respondetur. Nam procedunt, vbi nulla subest iusta causa [illegible] accusatore, & apparet de calumnia, quam [illegible] in calumnia præsumpta (quam hic negamus) de [illegible] de consuetudine non seruetur illa opinio, quod accu-

57 sator † in expensis condemnetur [illegible] *l. qui crimen sub numer. [illegible] C. [illegible] qui accusar non [illegible]* Albericus *in leg. Athletas § calumniator [illegible] ff. de his qui not. infam.* vbi quod ita tenent communiter Doctores, Clar. *quæstion 62. vers. sed numquid.* G[illegible] Mascard. *de probationib. conclus. 25. num [illegible]6.* Farinacius *vbi supr. num. 12.*

Sed isto defensionis capite vsus sum ex abundanti, quia non defuit iustæ causæ litigandi D. Ioanni, nec defuerunt, imo luculenter apparent ex processu, quod est in casu victoriæ, in causa ciuili, quod videlicet testamentum sit nullum, & nullus etiam codicillus, quia carent debitis solennitatibus, [illegible]

quod

quod etiam in querela deduxit. Itaque cum ſit pro parte victor, non video quo modo in expenſis condemnari poſſit.

Vltima reſtat quæſtio an ſaltem conueniri poſſit actione iniuriarum. Videbatur poſſe, quia licet quis ex iuſta cauſa litigandi a calumnia excuſetur, ac pro-
58 inde non poſſit in † expenſis condemnari, tamen actione iniuriarum conueniri poteſt. Alexan *conſil.*11. *num.*4 *lib.*1 Socin.ſen *conſil.*118.*colum.fin.lib.*1. Boſſ. *tit. de iniur.n.*2 *tit.de preuaricato. n.* 8. Menoch.*caſu* 321. *num.* Maſcard.*de probat.concl.*254.*n.*17.*lib.*1.

59 Iniuriarum † autem actio datur ad damna & intereſſe. *l. item apud Labeonem.* §.*ſi quis ſeruo.ff.de iniur.*

Quibus non obſtantibus contrariam ſententiam amplector, non poſſe Domin. Ioannem conueniri
60 actione iniuriarum, & moueor, quia † iniuria non committitur ſine animo iniuriandi.*l.*1.§.1.*l.*3.§ *penult. & ſeq. l. quod reip.de iniur.l.ſi non conuicii. C.eodem tit.* Itaque culpa non ſufficit ſecundum Gloſ. *in l.magna de verbor.ſignificatio.* Bald. *conſil.* 277.*in cauſa in* ... Cravett.*conſil.*13.*num.*2. Cæpolla *conſil. crim.* 70.num.11.

61 Sed is vero qui habet † aliquam iuſtam cauſam, ceſſat omnino dolus & prauus animus, vt in crimine iniuriarum probatur text. *in l. item apud Labeonem.* §. *ſi quis* ... *de iniur.* Ruin. *conſil.* 145.*num.*14 .*libro quinto*, Covarruvias *variar. reſolut. libro primo, capit.* 11. *numero* ...

Imo non dum iuſta ſed etiam iniuſta cauſa excuſat in crimine iniuriarum, vt per Gloſ. paruam *in d.* §.*ſi quis* ... *in ver.ſi quis.* Oldrad. *conſil.* 53. *num.*3. Iaſon *conſil.* 151 *lib.*2. Alberic. *in d l ſi non conuicii.colum.*4. Myſing. *conſil.*19.*num* 2. Boſſius *in tit. de iniur. numero* 4. vbi diſputando hanc materiam dicit quod licet communis ſit opinio, quod accuſator in probatione deficiens poſſit iniuriarum actione cōdemnari, hoc tamen dictum non procedit, quando accuſator habuit iuſtam cauſam, & ſecundum eum ad hoc, vt accuſator actione iniuriarum conueniri poſſit vel non, non debet conſiderari, an defecerit in
62 probatione, ſed an habuerit † animum vel non habuerit faciendi vel non faciendi iniuriam; & ab iſto poſito animo non ſolum iuſta, ſed etiam iniuſta cauſa excuſat, refert & ſequitur Farinacius *tit. de accuſatione q.*16.*n.*67. 68.69.

In caſu autem noſtro apparet ex ipſa querela Do. Ioannem omnia feciſſe non iniuriandi animo, prout ipſe expreſſe proteſtatus, ſed pro defenſione iurium ſuorum.

Facit optime quod ſcribit Iaſon *in l. illud.numero* ... *quod qu* ... *que iuru.* dicens, quod ſi quis exceperit contra teſtes quod ſiant infames, criminoſi, ribaldi, & non probauerit, non tamen tenetur actione iniuriarum, quia id non fecit animo iniuriandi, ſed pro defenſione iuris ſui, & ibi citat ... & valde bene ad rem noſtram loquitur.

Non obſtant contraria, quæ locum habent, quan-
63 do quis fuit † in calumnia vera, vel non habuit vllam cauſam, vt bene declarat Boſſi. *d.tit.de iniur.num.* 4 ... Farinacius *vbi ſupra.*

Andr. Fachineus Ingolſtadii nomine Collegii.

Pro Illuſtri Dom. Comitiſſa Lodomilla à Turri.

ARGVMENTVM CONSILII IX.

De ſtatuto fœminarum excluſiuo an locum habeat in fauorem forenſium.

SVMMARIA.

1 *Origo mutari non poteſt.*
2 *Licet quis alio ſe transferat.*
3 *Loco originis nemo poteſt renunciare.*
4 *Originis cauſa eſt potior.*
5 *Statutum quod reſpicit bona pertinet ad ciuem etiam qui alibi habet domicilium.*
6 *Statuto Mantuæ de ſucceſſione gaudent patrui, licet habitent alibi ad excludendam defuncti matrem.*
7 *Forenſes gaudent beneficio ſtatuti fœminarum excluſiui.*
8 *Statutum licet non poſſit ligare non ſubditos, poteſt tamen eis prodeſſe.*
9 *Statutum quantum ad res porrigit effectum ſuum etiam ad non ſubditos.*
10 *Quod dicitur leges & ſtatuta non comprehendere non ſubditos, quomodo accipiendum.*
11 *Originis locus licet mutari non poſſit, tamen eius priuilegia & commoda poſſunt amitti.*
12 *Ciuis qui alio transfluit domicilium non eſt ſubditus loci originis quoad munera perſonalia.*
13 *Qui habet commodum, habet incommodum, & è conuerſo.*
14 *Ciuibus onera ciuitatis non ſubeuntibus neque commoda ſunt communicanda.*
15 *Ciuis qui ciuitatem deſeruit ſi nihil in ea poſſideat habetur pro forenſe.*
16 *Deſerere dicitur Ciuitatem is qui alio ſe contulit ad habitandum.*
17 *Ratio ſtatuti excluſiui quæ ſit.*
18 *Non habet locum in forenſe.*
19 *Forenſes non gaudent beneficio ſtatuti deferentis ſucceſſionem contra ius commune.*
20 *Et quæ ſit ratio.*
21 *Et idem confirmatur de forenſe.*
22 *Originem mutari non poſſe quomodo intelligendum.*

Diuino auxilio implorato.

FActi ſpecies hęc proponitur, Comitē Franciſcum à Turri, ex primo matrimonio duos filios ſuſcepiſſe, Com. Georgium & Suſannam: ex ſecundo autem matrimonio quatuor ſuſcepiſſe filios, & antequam moreretur, teſtamentum feciſſe, in quo certa quædam bona fideicommiſſo ſubiecit, & varia ac diuerſa pacta & conuentiones tranſactioneſque feciſſe circa bonorum ſuorum ſucceſſionem ac diſpoſitionem inter filios primi & ſecundi matrimonii, quarum tranſactionum & pactionum exemplum ad nos tranſmiſſum eſt.

Poſtea Comitem Georgium eius filium ſupra dictū ex primo matrimonio mortuū fuiſſe, relictus poſt ſe duobus filiis nimirum Comite Ioanne Franciſco & Comitiſſa Lodomilla.

Poſt hæc diem ſuum obiiſſe nullo condito teſtamento Comitem Ioan. Franciſcum, filium dicti Comitis Georgii ſuperſtite Comitiſſa Lodomilla eius ſorore & ſuperſtitibus filiis ſecundi matrimonii; patruis eiuſdem Comitiſſæ.

Item præſupponitur Comitem Franciſcum, dum viueret mutaſſe domicilium quod habebat in Co-

F mitatu

mitatu Goriziæ & in Boemia ac Morauia habitaſſe vſque ad mortem ſuam.

Item dictos filios ſecundi matrimonii nihil poſſidere in Comitatu Goriziæ, nec ibidem viuente patre habitaſſe vel nunc habitare, ſed ſemper habitaſſe in iuriſdictionibus Lipniz, Priſtiz & Waſſettiz, quæ ſunt in Boemia deſerta prorſus patria ſua originis Comitatus Goriziæ.

Item præſupponitur, in Comitatu Goriziæ ſtatutum extare, quod ſtantibus maſculis fœminæ non ſuccedant *ſub rubrica. de ſucceſſionib. ab inteſtato. tit. 63.* in hæc verba:

Quotieſcunque aliquis maſculus ſui iuris exiſtens, deceſſerit inteſtatus vel ab inteſtato (inteſtatus autem vel ab inteſtato deceſſiſſe intelligatur ſiue nullum fecerit aut condiderit teſtamentum, ſeu illud aliquo iure facere aut condere non potuerit, ſiue rumpi poſſit vel reduci ad cauſam inteſtati,) tunc ad ipſius ſucceſſionem primo veniant & vocentur filii maſculi, nati ex linea maſculina defuncti, & demum cæteri maſculi, nati ex linea maſculina defuncti vſque ad infinitum, ita videlicet quod pares gradu pariter ſuccedant, & prius admittatur qui prior eſt in gradu, ad ſucceſſionem, excluſis gradu poſterioribus, ſaluo, quod ſi ſimul cum filiis maſculis defuncti extarent ex filio vel filiis præmortuis, nepotes vel pronepotes maſculi, illi nepotes & deſcendentes vna cum filiis defuncti ad ſucceſſionem eius admittantur, ita, vt quomodocunque ipſi nepotes ſint, eandem partem habeant, & illum gradum & locum obtineant, quem eorum pater vel auus ſi viueret, haberet & obtineret: ſicque ſucceſſio deferatur in ſtirpes & non in capita. Si autem non extarent filii nec alii deſcendentes ex linea maſculina defuncti, tunc ſi ſuperſint aſcendentes maſculi & fratres defuncti maſculi ex vtroque parente, vel ex patre tantum defuncto coniuncti, ipſi aſcendentes proximiores gradu admittantur vna cum dictis fratribus defuncti ad eius hæreditatem pariter diuidendam inter eos: ſic videlicet vt dictorum aſcendentium & fratrum ſinguli æqualem habeant portionem: vt ſi extare cum eis filii reperiantur maſculi fratrum prædefunctorum, ipſi etiā quotquot ſint cum ipſis proximioribus gradu aſcendentibus & fratribus defuncti admittantur ad ſucceſſionem in ſtirpem, videlicet in tanta parte, quanta eorum patri, ſi viueret, deberetur. Si autem non extant deſcendentes maſculi ex linea maſculina defuncti nati nec aſcendentes maſculi, tunc ſi extant fratres defuncti & fratrum præmortuorum filii ipſi omnes admittantur ad hereditatem in ſtirpem & non in capita diuidendam. Si vero ſuperſint non aſcendentes maſculi nec deſcendentes ex linea maſculina nati nec etiam fratres maſculi defuncti, tunc ſi extant duorum vel plurium fratrum præmortuorum filii maſculi illi admittantur ad hereditatem, defuncti patrui diuidendam inter eos in ſtirpem & non in capita.

Vnius autem fratris præmortui filii maſculi ſuperſtites, patruo defuncto in capita ſuccedant. Iis vero omnibus non extantibus, tunc admittantur cæteri collaterales maſculi, ex eodem tamen ſtipite eademque familia venientes, vſque ad ſecundum & tertium gradum incluſiue, priores quidem gradu prius, pares vero pariter ad hereditatem defuncti ab inteſtato. Et his prædictis deſcendentibus maſculis ex linea maſculina natis, & aſcendentibus & collateralibus maſculis prædictis extantibus vel aliquo eorum excludantur à ſucceſſione defuncti, filiæ, & cæteræ fœminei ſexus deſcendentes, ac etiam aſcendentes fœminæ, & collaterales fœminæ, ex eiſque deſcendentes, cuiuſcunque ſexus exiſtant, quamuis ſunt pares vel priores in gradu ipſis deſcendentibus maſculis ex linea maſculina natis, & aſcendentibus ac etiam collateralibus maſculis prædictis, dum tamen ipſi maſculi qui ſicut præmittitur fœminas eis priores vel pares in gradu excludunt, ſi non fuerint vel ſint maritatæ & dotatæ, non minus legitima iure naturæ illis debita maritentur & dotentur, ac nuptialibus fulcimentis ſi ſunt, vel cum fuerint ætatis nubilis ex bonis dictæ ſucceſſionis, & interim alimententur, attenta quantitate & qualitate bonorum & ſtatu & conditione & qualitate ipſarum fœminarum maritandarum. Præfati vero deſcendentibus maſculi ex linea maſculina, & aſcendentibus atque collateralibus maſculis non extantibus. Tunc ad ſucceſſionem admittantur fœminæ & ſimiliter ex ipſis fœminis deſcendentes ſiue aſcendentes aut collaterales. Eo quidem modo & ordine quo ſupra de maſculis ſpecificatum eſt, priores quidem gradu prius, pares vero pariter.

Hoc addito, vt quæ fœminæ per maſculum ſuperſtitem, excluſæ fuerunt ſi & ille maſculus abſque maſculis deceſſerit eadem pariter cum ſororibus vel ex illis deſcendentibus proximioribus defuncti ſuccedant in ſtirpes & non in capita excluſa prorſus in his caſibus fœminarum differentiam ſexus maſculorum & fœminarum.

Extra hos caſus vero, vt ſupra, ſpecificatos ſtetur iuri communi.

Quibus ita ſe habentibus nunc quæſtio oritur inter filios ſecundi matrimonii & Comitiſſam Lodomillam circa ſucceſſionem bonorum Comitis Ioannis Franciſci defuncti, quæ in Comitatu Goriziæ ſunt, & non ſunt fideicommiſſi ſubiecta. Nam dicta Comitiſſa tanquam ſoror defuncti ſe potiorem eſſe contendit. Patrui autem ſupradicti vigore ſtatuti ſupradicti Goriziæ, prætendunt ſe potiores eſſe in dictis bonis fideicommiſſo non ſubiectis.

Et quoniam Domina Comitiſſa tanquam ſoror defuncti, fundatam habet intentionem, ſecundum iuris communis diſpoſitionem, quia prior eſt in gradu quam patrui, ſecundum Nouellam Iuſtiniani *de heredit. ab inteſtato venient. §. ſi igitur defunctus.* & hoc nullam habet prorſus difficultatem ideo omnis quæſtio ac difficultas ex dicto ſtatuto vel conſtitutione Comitatus Goriciæ pendet per quam maſculis exiſtentibus deſcendentibus, ſiue aſcendentibus, ſiue collateralibus vſque ad tertium gradum, excluduntur fœminæ, vt patet ex verbis eius quæ prolixe à nobis ſunt commemorata.

In eo igitur huius conſultationis cardo verſabitur. An domini patrui ſui poſſint & gaudere dicti ſtatuti beneficio ad excluſionem Dominæ Comitiſſæ.

Quandoquidem Domin. Comes Franciſcus eorum parens & ipſi quoque domini patrui non habitarunt nec habitant in Comitatu Goriziæ nec ibi aliqua bona poſſident. Sed domicilium mutarunt, & in Boemia, vt ſupra dictum eſt, illud tranſtulerunt, & habuerunt, nec non etiam in præſenti habent deſerto prorſus Comitatu Goriziæ.

Vide-

Videbatur ergo prima facie respondendum di[illegible] partim in origine sua & parentis suæ [illegible], & consequenter eiusdem statutis & beneficio frui posse ac debere: primo ex eo quod Vl[pianus respondit] in *l. assumptio. ff. ad munic. pal.* vbi re-
1 [sponsum] neque [illegible] patriam ex qua † oriundus est, neque mentiendo de ea qua non habet [illegible] mutare posse. Item filius ciuitatem ex qua [pater] [illegible] naturalem originem facit nō domicilium [illegible].

2 Secundo, quia dicti domini patrui † in Boæmia [illegible], & habitant, in suis iurisdictionibus & castris quæ ibi possident, vnde non videntur amisisse domicilium patriæ, ex qua oriundi sunt *argum. l. senatores. ff. de senatorib.* I. C. Paulus, *Senatores*, inquit, *licet in [illegible] habere videantur, tamen & ibi vnde oriundi sunt [illegible] habere intelliguntur. quia dignitas domicilii [illegible] dedisse, quam mutasse videtur.* Idem fere de [illegible] docet [illegible] *in l. 1. ff. de decurio.*

Tertio, [illegible] *de muneri. & honorib.* vbi Vlpianus ait, *[illegible] ab vrbe Roma habent, si alio loco domicilium [illegible], munera eius sustinere debent.*

Quarto, quod scribit Imperator Alexander *in l. 1. C. de [illegible] & originariis. lib. 10.* ad quendam *[illegible] autem apud Berytios esse proponas, [illegible] ciuitatis muneribus fungi compelleris.*

Quinto, quia Diocletianus & Maxim. aperte de[illegible] propria originem posse voluntate [illegible] *eod. tit.*

Sexto, quia Imperator Constantinus ita rescri[psit] *[illegible] ex maiori vel ex minore ciuitate originem du[cit] [illegible] vitare studens, ad alienam se ciuitatem incola[illegible] erit, & super hoc vel preces dare tentaue[rit] [illegible] gaudeniis, vt originem propria ciuitatis elu[dat] [illegible] atum de [illegible] ionatus onera sustineat. in vna [illegible] vna originis gratia. in l. vlt. C. eod. tit. de [illegible] & origin. lib. 10.*

Septimo, quia sic responderunt Doctores nostri
3 [illegible] loco † originis vnde quis oriundus est ne[illegible] renunciare, neque eximere se posse, [illegible] domicilii a iurisdictione ciuitatis [illegible] Romanus *cons. 19 in proposita quæstio[ne]* [illegible] cum diuersa sunt statuta originis & [illegible], seruandum esse potius in ipso ciue statu[illegible] ciuitatis, *per text. in l. libertus. § cum si[illegible] [illegible] pal.* vbi [illegible] cum simul munera ex [illegible] originis & domi-
4 [cilii] [illegible] esse † originis caussam idem respondit [illegible] *[illegible] ra Ioannem. num. 3.* vbi dicit, [illegible] accidens, vt est nouum domicilium, [illegible] non mutat *adducit l. senatores. ff. de senat.* Alexander *consil 34. ante num. 3. lib. 5.* Bartolus *in d. l. assumptio. ff. ad munic. pal.* late Socinus senior *in [illegible] lib. 1.* vbi dicit sicut iura sanguinis mu[tari non] possunt *l. iura sanguinis. de reg. iur.* ita nec iura [illegible], quia naturalia sunt & immutabilia.

Octauo, huc pertinere videbatur quod scribit Socinus *[illegible] num. 33.* ibi, dice-
5 [illegible] alias dispositionem quæ † respicit bo[na] [illegible] in territorio originis, puta statutum in [illegible] etiam ciuem origi[nis] [illegible] nullum habebat bona, quia [illegible] illius loci quia pro [illegible] . sequitur Brunus *in [illegible] ad statutum. quod [illegible] masculis. articul. 6. [illegible].*

Nono, ad quod respondit idem Socinus *sen. consil.* 292. *lib. 2.* vbi in terminis concludit pro patruo, quod
succedat in hereditate † exclusa matre & sorore 6
defuncti, per statutum Mantuæ, licet patruus qui originarius erat Mantuæ, alibi habitaret.

Decimo, quod etiam forenses gaudere possint be-
neficio statuti † exclusiui fœminarū, respondit Ce- 7
phalus *cons. 3. n. 77. lib. 3.*

Vndecimo, idem respondit Alexander *consil.* 111.
lib. 7. vbi *num. 6.* dicit quod statutum licet † non pos- 8
sit ligare non subditos, potest tamen eis prodesse *l. 1. C. de emanc. lib.* adducit Lapum *allegatione cap. 1. in sp. in ciuitate Florentia.* vbi loquitur de statuto excludente fœminas ab intestato, existētibus masculis: & concludit masculos non subditos vti posse beneficio dicti statuti, ad exclusionem fœminarum, hoc argumento, quia beneficium legis vel statuti comparatur beneficio testatoris vel contrahentis *l. non impossibile. ff de pact. l. non est mirum. ff de pigno. act.* nemo autem dubitat, quin testatoris dispositio indulgens beneficium trahi possit ad omnes.

Præterea statutum quantum ad res sitas in terri-
torio statuentium, porrigit † effectum suum ad per- 9
sonam non subditā *l. an in totum. C. de adsi. priua. l. vlt. C. vbi in rem actio.*

Et illud quod dicitur leges vel statuta non † com- 10
prehendere non subditos, locum habet in iis, quæ arctant, non autem in iis, quæ consulunt, vel prouident, *arg. d. l. 1. C. de eman. liber.*

Denique dispositio dicti statuti proprie dirigitur contra fœminas. quæ excluduntur: agnati vero qui propter exclusionem earum admittuntur veniunt eorum iure proprio, sublato obstaculo dictarum fœminarum, *l. [illegible] § si quis ex iis. ff. de inoff. test. & l. 1. § qui semel. de success. edicto.* Hæc & alia post Lapum quem citat, Alexander tradit *in d. cons. 111. lib. 7.*

Verum iis & similibus quæ adferri possunt non obstantibus, contrarium deciditur: nimirum Dn. patruos frui non posse commodo & beneficio dicti statuti Comitatus Goriziæ, ad exclusionē fœminarum.

Primum argumentum sumitur ex generali consuetudine Germaniæ, & fere omnium locorum, cuius fidem facit Andreas Gail. *lib. 2. obseruat. 36. num. 7. 8. 9. 10* per quam ius originis licet re vera mutari non possit cum naturale sit, tamen quoad iurisdictionem
& † munera ciuitatis, & eius priuilegia, & commo- 11
da, mutari potest, & refert in multis ciuitatibus imperialibus statuto receptum esse, vt ciuis volens deserere ciuitatem & alio domicilium suum transferre cogatur, in primis de omnibus bonis suis certam pecuniæ quantitatem ciuitati pendere, & tributum aliquod dare, quod vulgo appellatur Nachsteur, vt Augustæ, Norimbergæ, Spiræ, & alibi Zasius appellat *in l. 2. ver. curias in fin. ff. de orig. iur* Abzug.

Statutum hoc licet ignoremus an sit in Comitatu Goriziæ, tamen satis est hinc probatum, quod ius originis mutari possit ex consuetudine, quantum ad hoc, vt ciuis eximatur ab omni iurisdictione ab oneribus & commodis ciuitatis.

Ex hoc enim fundamento sic argumentum deducimus, quia Comes Franciscus pater & Domini eius filii ex secundo matrimonio, qui nunc patrui appellantur, domicilium transtulerat in Boæmiam, vt in facto præsupponitur, deserto Comitatu Goriziæ vbi
etiam nulla bona possident, eos iam † non esse am- 12
plius subiectos Comitatui Goriziæ quoad munera personalia vel realia, consequenter nec eiusdem Comitatus statutis & commodis frui posse.

Hæc est enim naturalis ratio, vt qui habet † com- 13

modum, habeat & incommodum, & contra, qui incommodum non habet nec commodum ſentiat. *l. ſecundum naturam. de reg. iur. c. qui ſentit. de reg. iur. l. b. 6.* & ideo dicit text. *in l. vni. §. pro ſecundo. C. de caducis tollendis.* non eſſe eum ferendum, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.

Ex hac regula argumentatur Bartolus *in tract. de repreſalijs. prima quæſt. quinta quæſt. princip.* incolis ciuita-
14 tis onera † non ſubeuntibus communicanda non eſſe iura & commoda ciuitatis. Quia, inquit, is, qui non ſentit onus nec commodum ſentire debet: & municeps proprie dicitur qui munera capit *l. 1. ff. ad municip.* ergo ei qui onera non ſentit non competunt priuilegia ciuitatis. refert & ſequitur Paulus Caſtrenſis *in l. omnes populi. ad fin ff. de iuſt. & iure.* Cagnolus *ad l. ſecundum naturam. de reg. iur. n. 5.*

Secundum argumentum eſt ex communi Doctorum ſententia quæ habet, ciuem, qui deſerit ciuitatem, & alio domicilium transfert, & nihil poſſidet
15 in † ciuitate originis, amittere iura ciuitatis & commoda eius ac priuilegia, ita vt in ciuitate nihil honoris nec oneris habeat. ita docuit Glo. *in d. l. aſſumptio. in verb. non domicilium.* ibi, *Tu dic quod in omnibus ſentit munera ratione ſua vel paterna originis vel manumiſſionis, vt hic: niſi habeat alibi domicilium, C. de municipib. & originarijs. l. filios. lib. 10* ſed melius facit *l. prouinciales de verbor. ſignification.* vbi dicitur prouinciales eos accipere debemus qui in prouincia domicilium habent, non eos qui ex prouincia oriundi ſunt. Baldus *ad l. 2. C. de infantib. depo.* Iaſon *in l. 1. §. huius ſtudij. ff. de iuſt. & iure. num. 15* quanquam iſti duo loquuntur quando ciuis deſerit ciuitatem periclitantem; ſed idem quod Glo. late probat Afflictus *deciſ. 384.* & Vrſillus *in annotationib. ibi poſt num. 3.* Boerius *deciſ. 260. circa finem.* Natta *conſil. 179. num. 14.* Andr. Gail. *loco proxime citato. num. 9.* Paulus Caſtrenſis *in l. ſi eadem. num. 5 ff. de exc. aſſ. ff.* Cephal. *conſil. 13 num 46 & conſil. 171. num 34, 35 lib. 2.* Rolandus à Valle alios citans *in conſil. 79. num. 29. 30. cum pluribus ſequentib. librò tertio.* Hippol. Rminald. *conſil. 23. nu. 151 libro primo.* Ruinus *conſil. 200. num. 12. libro ſecundo.* Burſatus *conſil. 36. num. 9. verſ. quintino & ſi fuiſſet ciuis originarius.*

Sed in caſu hoc noſtro Comes Franciſcus & filij eius, hoc eſt, Domini patrui deſeruerunt Comita-
16 tum Goriziæ, vt patet ex eo, quod in † aliam prouinciam ſe tranſtulerunt ex trad. per Baldum *in auth. ſed omnino. num. 13. Cod. ne vxor pro marito.* Cephalum *dicto conſil. 171. num. 34. lib. 2.* Rolandum à Valle *dicto conſil. 79. numero trigeſimo ſecundo. libro tertio.* ergo priuilegia & commoda ſtatutorum dictæ ciuitatis amiſerunt.

Tertium argumentum ex ratione ſtatuti fœminarum excluſiui ſumi poteſt, quæ ceſſat in fauorem Do-
17 minorum patruorum. Illa enim † eſt ratio ex communi Doctorum ſententia, dicti ſtatuti, vt familiæ conſeruentur, & bona in agnatione permaneant, quæ per maſculos conſeruantur, quod ſane ad publicam vtilitatem pertinere dubium non eſt, quia reip. intereſt ciues eſſe locupletes, vt onera ſuſtinere poſſint ciuitatis, ſicut late explicat Brunus allatis quã pluribus authoritatibus *in tract. de ſtatuto, quod ſtantib. maſculis, &c. art. 3 n. 11. 12.*

Sed hæc ratio non habet locum quoad ciues, qui
18 de ſua ciuitate, ad alias prouincias ſe † contulerunt, & ibi habitant, ac domicilium habent. In loco autem vbi ſtatutum viget non habitant, nec vlla onera realia vel perſonalia ſubeunt erga ſtatuentes ſuffragium non poteſt. hic argumentatur Socinus iunior *conſil. 80. num. 8. verſic. tertio ex prædicta ratione ſtatuto quarto.*

Quartum argumentum, ſumi poteſt ex eo, quod communi Doctorum ſententia receptum eſt forenſes † non gaudere beneficiis ſtatutorum, quæ ſucceſ- 19
ſionem contra ius commune deferunt. Et hoc ea ratione receptum eſt, quæ optime valet & locum habet in caſu noſtro aduerſus patruos domicilium habentes in Boemia, ergo idem iuris etiam in caſu noſtro quantum ad prædictos patruos eſſe debet. verum mirum non comprehendantur in dicto ſtatuto ad excluſionem fœminarum. Vbi enim eadem ratio eſt, idem quoque iuris eſſe debet *l. illud. ff. ad l. Aquiliam.* latiſſime Euerardus *in Topica legali: loco à ratione legis.*

Quod autem forenſes non gaudeant beneficio ſtatutorum, quæ ſucceſſionem deferunt contra ius commune, reſponderunt Corneus, Decius, Ruinus, Ioan. Crotus, Pariſius, Hieronymus Gratus, & alij apud Socinum iuniorem in terminis ſtatuti [illegible] rum excludentis loquentem *conſil. 80. lib 4. & 45. eodlib. & 1[illegible] nu. 76. lib. 2.* Albertus Brunus in tract. [illegible] ſtatut. excludentis *in tra. d. de ſtatut. quod ſtantib. maſculis. art. [illegible] num. 3.* Alexander *in conſ. 44. videretur prima facie num. 7. libro quinto.* Socinus ſenior *conſil. 231. [illegible] quod forenſis. libro ſecundo. & 128. num. 4 libro [illegible].*

[illegible] autem huius concluſionis eſt, quia forenſes † [illegible] loci in quo viget ſtatutum, 20
nec [illegible] onera ſub diſpoſitione ſtatutorum includuntur: vnde non debent gaudere beneficiis & fauoribus ſtatutorum, ita Brunus *in loco proxime citato & alii in locis allegatis.* iniquum enim eſſet, vt commodum haberent, non autem onera: & ſtatuta eis prodeſſent, nocere autem non poſſent, ita Roland *conſil. 79. num. 34 lib 3.*

Hæc ratio locum habet etiam in ciue alibi habitante & non ſuſtinente onera ciuitatis, vt in caſu noſtro, ita Roland. à Vall. *d. conſ. 79 num. 36. lib. 3.* & ante eum Ruinus *conſ. 200. n. 12 lib. 2.*

Poſtremum argumẽtum, ſumitur ex eo † quod in 21
terminis fere noſtris pro ſorore aduerſus patruos, late reſpondit Ruinus *d. conſil. 200. lib. 2.* vbi *poſt num. 11.* ſcribit in hæc verba, & vbi etiam prædictum ſtatutum non excluderet dictum Sebaſtianum à beneficio ſtatutorũ, ab eo etiam excluderetur de iure communi, quia quamuis ſit originarius ciuis, quia tamen vt dictum eſt, dicta munera non ſuſtinet, quoad id, de quo quæritur, debet haberi pro forenſe, qui forenſis non gaudet beneficio ſtatutorum, ea ratione quia non ſuſtinet onera, & ſic quia non patitur incommodum, non debet etiam commodum ſentire ſecundum Paulum Caſtrenſ. *in l. omnes populi. in fin ff. de iuſt. & iure.* qui ad hoc allegat Bartolum *in tract. repreſaliarum in 1. quæſt. [illegible] quæſt. [illegible]* qui ratione prædicta mouetur. Et idem etiam tenet Romanus *conſil. 223. iſta captura.* & ibi refert Angelum idem conſuluiſſe. Vltra eos hoc etiam voluit Guido de Suzaria *in ſuis quæſtionibus ſtatutorum 14 quæſt. in ip ſed pone quæſtionem: ſtatutum.* quem refert & ſequitur Alexand. *conſil. 44. in fin. 3. colum. 5. vol.* & quia ſecundum prædicta ſicut ſtatuta non poſſunt forenſibus nocere *l. cunctos populos cum materia C. de ſumma Trinit.* ita non debent eis prodeſſe *l eum qui. de verb. [illegible] l. vlt. C. de [illegible]*. quæ rationes militant etiam in ciue alibi habitante, & non ſuſtinente onera prædicta.

Hæc & alia plura Ruinus adfert, contrariis etiam refutatis, in loco proxime citato, quæ ideo tere-

mus

[illegible] quod ad casum nostrum ea maxime pertinere [illegible].

Quibus ita constitutis non est difficile ad argumenta quae superius attulimus respondere.

Nam quod attinet ad primum, secundum, tertium, quartum, quintum, sextum, & septimum argumentum, respondemus primo, leges allegatas nil aliud voluisse, nisi quod originarius ciuis non possit
22 ius suae originis mutare quantum ad duo; nimirum, vt amittat ius ipsum naturale. Est enim impossibile. Deinde, vt munera personalia subterfugiat: secus quoad alia, vt post Azonem, quem citat, dicit Albericus de statutis *part. 2. quaest. 10 num. 2.* ad quae sane munera personalia, quicquid de iure sancitum sit, non solere [illegible] ciues, qui ad alia loca se cum omnibus bonis [illegible] contulerant, & in iis domicilium habent, respondit [illegible] *d. consil. 200. num. 11 lib. 2*

Secundo respondemus, illas leges locum habere non [illegible] temporibus nostris, quibus passim receptum est, vt ciuis originarius possit originis locum deserere, & alibi domicilium transferre, nec amplius frui [illegible] commodis loci ipsius originis, licet olim [illegible] dictas leges, vt supra diximus, in primo argumento, [illegible] non esset.

Tertio respondemus, dictas leges ex communi Doctorum interpretatione, quos supra retulimus in secundo argumento, ita esse accipiendas, vt locum non habeant, quantum ad ciuis originarii commoda, & beneficia: quia si locum originis prorsus deseruerit, & alibi domicilium constituerit, amittit omnia iura, commoda, & beneficia ciuitatis & patriae suae, [illegible] si onera nec realia nec personalia sustineat in loco originis, vt in casu nostro.

Quarto respondemus, dato, quod dictae leges locum haberent, & supradicta argumenta, omnia illa tamen nihil aliud probant, quam ciuem originarium non posse renunciare iuri originis, & se ex eo eximere [illegible] mutare. Nihil tamen proponitur, [illegible] alibi domicilium contrahat, & nulla [illegible] personalia vel realia subeat in loco originis [illegible] excludatur ab omnibus commodis & beneficiis [illegible], secundum ea, quae superius allata [illegible] cum de statuto agitur, quod est [illegible] commune, vt in casu nostro.

Ad [illegible] argumentum respondemus, Socinum [illegible] loqui de ciue originario, qui iura suae ciuitatis & commoda amiserit, vt in casu nostro, per translationem domicilii ad alia loca. Et dato, quod [illegible] etiam in terminis istis, reiiciendus tamen [illegible] argumentis superius allatis, neque enim tanti [illegible] eius facienda esset, vt rationem vincere [illegible] sententiam saniorem.

[illegible] argumentum respondemus, Socinum [illegible] loqui de ciue [illegible] alibi habitans onera [illegible] personalia in loco originis sustinebat per [illegible] per fratrem suum, vt patet ex dictis ibi, [illegible] *num.* 4

[illegible] argum. respondemus, Ceph *cons. 309.* [illegible] diuerso respondisse, vt patet, facile intelligi [illegible] ex toto consilio, & aliis in locis nostrae [illegible] adstipulari.

[illegible] argumentum, ex Alexandri respon[illegible] illud co[illegible] notatis per eum, *in consil.* [illegible] & aliis argumentis, quae in propo[illegible] *cons.* 80. *lib* 4.

Andr. Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustrissimo & Reuerendissimo D. Episcopo B.

ARGVMENTVM CONSILII X.

De praescriptione temporis memoriam hominum excedentis. De restitutione ecclesiae concedenda aduersus eam. De exemplo instrumenti quam fidem mereatur. De remedio competenti pro vindicatione rerum incorporalium.

SVMMARIA.

1 *Actio omnis tollitur spatio longiss. temporis.*
2 *Praescriptio temporis immemorialis quam vim habeat.*
3 *Et qua dicatur praescriptio temporis immemorialis.*
4 *Praescriptio temporis immemorialis sufficit etiam in casibus in quibus iuris praesumptio possidenti repugnat.*
5 *Et praescriptio temporis immemorialis habetur pro veritate.*
6 *Et purgat omnia vitia.*
7 *Bona fides non est necessaria in praescriptione temporis immemorialis.*
8 *Et praesumitur ex tanti temporis lapsu.*
9 *Nec aduersus eam restitutio in integrum datur.*
10 *Quadriennium datur ad petendam in integrum restitutionem.*
11 *Quod incipit currere à die scientiae.*
12 *Mala fides vera obiici potest aduersus quamcunque praescriptionem.*
13 *Mala fides ciuitatis non obstat mortuis ciuibus qui fuerunt in mala fide.*
14 *Mala fides est scientia rei alienae.*
15 *Dominii quaestionem refricare non potest is qui causam habet ab aliquo.*
16 *Nec successor eius.*
17 *Mala fides impedit praescriptionem etiam temporis immemorialis.*
18 *Et est communis sententia.*
19 *Et hoc procedit etiam in ciuitate.*
20 *Praescribere non potest aduersus dominum conductor, fictuarius, emphyteuta & similes.*
21 *Restitutio in integrum datur iuste impedito.*
22 *Fallit quando petitur ex capite ignorantiae.*
23 *Nisi sit ecclesia.*
24 *Ecclesia vtitur iure minoris.*
25 *Et restituitur aduersus aliam ecclesiam.*
26 *Titulus vitiosus & iniustus vbi apparet cessat immemorialis temporis praescriptio.*
27 *Annus vtilis olim non currebat ignoranti.*
28 *Scientia requiritur plena & certa, vt praeiudicet.*
29 *Vniuersitas eadem manet licet ciues mutentur.*
30 *Exemplo non creditur nisi producatur originale.*
31 *Exemplatio instrumenti quo pacto fienda.*
32 *Temporis lapsu an solennia praesumantur interuenisse requisita in exemplatione instrumenti.*
33 *Quo pacto id procedat.*
34 *Solennitas extrinseca non praesumitur.*
35 *Principum beneficia latissime interpretanda.*
36 *Principis concessio praesumitur realis.*
37 *Concessio Principis pro remuneratione seruitiorum imitatur naturam contractus.*
38 *Dictio libere idem significat quod plene.*
39 *Dictio prout est relatiua.*
40 *Aliquando stat causaliter.*
41 *Relatum est à referente.*
42 *Concessum ad tempus finito tëpore censetur prohibitum.*

 43 *Prae-*

43 *Præfatio declarat animum & intentionem disponentis.*
44 *Et quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelliguntur.*
45 *Verbum libere intelligitur secundum materiam subiectam.*
46 *Ab arrestu incipiendum non est.*
47 *Arrestum est species executionis.*
48 *Possessorio consultius est agere quam petitorio.*
49 *Recuperandæ possessionis interdictum quando detur.*
50 *Confessoria actio datur pro iuribus incorporalibus.*

Domini nostri Iesu Christi auxilio humiliter implorato.

AD propositas quæstiones, quæ ex præmissa facti specie oriuntur aliquot abhinc mensibus interrogati ab Illustrissimo & Reuerendissimo Domino B. Episcopo, quid de iure nobis videretur respondimus: Nunc autem plenum à nobis cõsilium cum allegationibus, & deductionibus postulatur, cui postulationi, vt satisfaciamus, æquissimũ videtur: quare singulas quæstiones iterum in examen reuocabimus, & argumẽtis (quantum res patietur & exiget) in vtramque partem allatis præfato Illustrissimo ac Reuerendissimo B. Episcopo ac Principi nihil aliud quam quod iustitiæ consonum est exoptanti, pro nostris viribus obsequemur.

Prima quæstio sic se habet, vtrum tanti temporis continuata possessio exigendi vectigalis, de quo in facti specie fit mentio qua ciuitas B. munita esse præsupponitur, vulgo appellati Vngelt/ ita sit firma, vt nulla ratione impugnari possit, an vero ea non obstante vindicari illud vectigal ab Episcopo possit, vna cum fructibus perceptis.

Videbatur prima facie nobis respondendum, memoratam tanti temporis continuatam possessionem ducentorum nempe & amplius annorum ita esse firmam, vt nulla ratione impugnari posset, & consequenter nec illud vectigal ab Illustrissimo & Reuerendissimo D. Episcopo vindicari posse.

1 Primo, omnis actio † tollitur spacio longissimi temporis *l. omnes l. sicut. C. de præscriptio. longiss. tempo.* 30. *vel 40 annor.* etiam si ecclesiæ competat: nam spacio quadraginta annorum tollitur, *vt in Nouella Iustiniani* 111. Hæc constitutio innouat constitutionem *& in Nouella de ecclesiast. tit. §. pro temporalibus vero text. in c. de quarta in c. ad aures. de præscr. c. illud. c. quia indicante. eod. tit. de aliis in locis.* Cum igitur iam logissimum tempus elapsum sit, videbatur dicendum, omnem actionem competentem præfato Illustrissimo & Reuerendissimo D. Episcopo sublatam & extinctam esse.

Secundo, quia in hac facti specie præscriptio non solum est quadraginta annorum sed ducentorum &
2 amplius † annorum, & consequenter tanti temporis quod memoriam hominum excedit. Tanti autem temporis præscriptio habet vim tituli & priuilegii à Principe legitime obtenti *cap. 1 de præscript. lib. 6. c. inter quibusdam. §. præterea. de verbor. signific.* & ibi notat Glos. *in ver. non extat.* quæ in eandem sententiam citat *l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. & l. 1. § vlt. ff. de aqua plu. arcen.* & alia iuris loca, & tradunt infiniti tum Canonistæ tum Legistæ apud Antonium Gabrielem cumulati *lib. 5. commun. conclus. tit. de præscriptionib. conclus.* 1. quibus adde Andr. Gail. *lib. 1 obser.* 21. *num.* 15. & Mascardum *de probationib. volum. 3. conclus.* 1114. *num.* 43. *&* 48 *& conclus.* 1371. *num.* 16 *& num.* 49. Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præs.* 131. *n.* 38.

Quod autem hæc præscriptio temporis memoriam hominum excedẽtis, ex eo probatur, quod tres sunt Doctorum sententiæ, quod dicatur tempus im-
memoriale, Vna, centum † annorum esse: Altera mi- 3
nus esse quam centum annorum: Tertia vero maius esse quam centum annorum: & quælibet opinio videtur ad rem nostram recte adaptari: quoniam tempus effluxit ducentorũ & amplius annorũ, vt dictum est. Prædictas opiniones & authores earum commemorat Gabrielius *vbi supra. n.* 78. & post eum Couuar. *ad regulam, possessor malæ fidei de reg. iur. lib. 6. in 2 part. relect. §* 3 *num.* 7. Menochius *in 2. responso causæ Finariensis. in 4 artic. nu.* 74. *& de arbitr. iudicum. casu* 3. Si ergo centum anni sufficiunt in casu nostro, elapsi sunt: si plures requiruntur, & plures præterierũt, nempe ducenti & amplius anni, si vero nec centum requiruntur, tunc res est planior cum sint elapsi ducenti iam & amplius anni.

Tertio, quia eiusmodi immemorialis tẽporis præ-
scriptio sufficit etiam in iis † casibus in quibus iuris 4
præsumptio possessori repugnat, *vt probatur in cap. 1. de præscript. lib. 6.* & tradit Couuar. *loco proxime citato, n.* 9. *vers. quarto si tractatus* & ante eum Felin. *in c. si diligenti. col. pen. de præscript.* Balbus *de præscript. 6. q. 2. partis* Ruin. *cons.* 111. *col. pen. lib.* 5. vbi loquitur de regalibus, vectigalibus & collectis, alios citat Gabriel. *vbi supra n.* 9.

Quarto, quoniam temporis istius immemorialis
præscriptio pro † veritate indubitabili, vt dixit Gl. *in* 5
l. 1 C. de ser. & aqua. Bald. *in c. cum causam. n. 5. de probatio.* Felin. *in rub. de præscrip. col. 3. vers. tertio fallit.* Gabriel. *loco annotato. n.* 73. Mascard. *loco proxime citato. n.* 51.

Quinto, quoniam præter hæc id operatur imme-
morialis † temporis præscriptio, vt id, quod ab initio 6
præsumi poterat vitiosum, ita cõualidetur, vt de eius latenti vitio quærendum amplius non sit, ita docuit Menochius *de præsumpt. lib. 3. præsumpt.* 131. *n.* 42. vbi allegat Alexand. *cons. 6. lib.* 1. & Decium *ad l. quod ab initio num. 8. de reg. iur.* qui id non dicunt, sed satis probari videtur conclusio ista ex eo, quod ipse Menochius ibi subiicit, tanti temporis cursum obtinere vim priuilegii ex certa scientia à Principe concessi.

Sexto, quia in præscriptione immemoriali, non
est † necessaria bona fides, aut si necessaria sit illa ex 7
tanti temporis cursu merito præsumenda est. Non esse necessarium bonam fidẽ in ea præscriptione tradiderunt Salyc. *in l. 2. col. vlt. C. de ser. & aqua.* Bald. *cons.* 352. *n. 3. lib.* 1. Decius *in l. traditionib. n. 12. C. de pactis. & in cons. 496. n. 5. & cons.* 638. *n.* 4 Boerius *decis. 39. n.* 7. Iason *in cons. 209. lib.* 2. alios citat Gabrielius *d. concl. 1. de præscrip. n.* 57. Sed dato quod sit necessaria bona fides etiam in hac immemoriali præscriptione, tamen quod
præsumi debeat † videtur inter omnes constare, si 8
quidem lapsis 30. annis eam præsumi docuerunt *ex l. 3. § si seruus. ff. de acquir. poss. & l. vlt. C. vnde vi.* Alex. *cons. 59 col. 4. lib.* 3. Paris. *cons.* 111. *n.* 60. *lib. 1. &* 93. *n.* 26. *lib.* 3. Alba *in cons. 18 nu.* 2. quinimo post lapsum 30. annorum allegari non posse præsumptam malam fidem, docuit Bart. *in d. l. vlt. per illum tex.* Roman *cons.* 107. *in princ.* Alex *cons. 71. nu. 1. lib. 1. & 151. n. 5. lib. 2 & 46. n. 5. & 167. n. 7. & 238. nu. 15. lib.* 6, Decius *cons* 268. *num.* 5. Iason *in § sed istæ num. 100. de action. & in cons. 72. num 2. lib.* 1. Cephal. *cons. 240. num* 17. *& in cons. 316. n. 46. cum seq. lib.* 3.

Septimo, quia Illustrissimo & Reuerendissimo Domino Episcopo non videbatur concedenda restitutio, aduersus huiusmodi præscriptionem ex capite iustæ ignorantiæ aut ex alio impedimẽto, aut iure minoris quo ecclesia censetur. Primo quia aduer-
sus † immemorialem hanc præscriptionem conce- 9
di non

[illegible] debere in integrum restitutionem com[illegible] sententia doctorum receptum videtur, cum [illegible] titulis & legitime concessionis ac priui[illegible] Saluceus *in auth quas actiones.col. 3. Cod.de sacro-* [illegible] Iason *in cons 209. col.m.pen. vers.non obstat et-* [illegible] alios citat Gabrielius *d.concl. 1.de praescrip.* *numer. 6[illegible].* & Mascardus *dicta conclus.* 1214. *numer.* 51. *libro tertio.*

[illegible] autem impedimento, & ex iure minoris [illegible] ecclesia vtitur non videbatur restitutio con-
10 [illegible] quia lapsum est tempus quadriennii † a le[illegible] ad petendam in integrum restitutionem [illegible] *in integr lib.6.& alios l.vlt.C.de tempo.in integ. restit.*

[illegible] obstare videbatur si diceretur illud tempus
11 [illegible] † nō incipere, nisi ex die scientiæ, & sic postquam dict. Illustrissimus & Reuerendissimus D. Episcopus [illegible] se læsum ex præscriptione, ex communi [illegible], de qua testatur Oldu[illegible] *de restitutione in integrum. parte 1. quæstio.2[illegible]. art.* 4. Quoniam præfatus Dn. Episcopus non ignorasse videtur, ciuitatem illam [illegible] possidere, vt patet ex facti specie nobis proposita & ex transactionibus initis, & aliis argumentis [illegible] multi existimarunt illud quadriennium etiam ignoranti præscriptionem currere, inter quos Co[illegible] *in c. p. possessor malæ fidei de reg. iur. in 6. in 3. parte §. 3 post nu. 4. vers. decimo & vltimo* aut certe quadriennium illud ex capite ignorantiæ in infinitum suspendi non oportere, sed 30 annorum spacio finiri vt responderunt Corneus *in cons* 241. [illegible] Socin.iun. *in cons* 22.*n* 17 *lib* 1. qui multos alios [illegible] *in cons* 18.*n* 8 *eod. lib* 1.

[illegible] nec obstare videbatur si diceretur ciuitatem [illegible] in mala fide vera [illegible] qui vectigalis concessionem [illegible] sibi fuisse non perpetuo, sed in vita dumtaxat Dn. Episcopi I sciuit, quæ quidem mala
12 fides † vera semper obiici potest, & præscriptionem impedit [illegible] longissimi temporis, *argum. c.* [illegible] *c. vigilanti. c. vlt. de præscrip. c. possessor malæ fidei de reg iur. in lib. 6.* vt tradit Crau. *in cons.* 146. *num.* 2. [illegible] alios adducit. Quoniam id procedere & [illegible] habere potest, [illegible] viuunt illi, qui a principio acceperunt a Dn. Episcopo I. vectigal istud & non ignorarunt concessionem factam fuisse ad tempus vitæ dicti Episcopi. Cæterum eis defun[illegible] locus esse præscriptioni, ex persona † a-
13 [illegible] qui [illegible] eorum successerunt, & ignorarunt concessionem ad tempus factam fuisse, ex [illegible] per Innocen *in c. cura. de iure patro.* & per Bar[illegible] *in leg. poted in fine. ff de v usucap* Socinus senior. *in cons.* [illegible] *col. vlt. vers.* [illegible] *lib.2.* Balb. *de præscrip. in 2 part.* [illegible] *principio.* [illegible] 17.

[illegible] & omnibus quæ adferri possunt non [illegible] contrarium [illegible] tur, nimirum supra[illegible] præscripsit, quem non obesse Illustrissimo & Reuerendissimo Dn. Episcopo, quo [illegible] vectigal illud vindicare possit, & simul etiam [illegible] perceptos a ciuitate B. eius temporis, quo [illegible] mala fide, vt [illegible] declarabitur. Idque tri[illegible] fundamentis.

[illegible] fundamentum in eo consistit quod præ[illegible] non potuerit præscribere ius vectigalis, [illegible] propter malam fidem, veram & certā [illegible]. Secundum quia causam habuit ab ipso Episcopo. Tertium vero in eo positum est, quod dato, quod [illegible] ciuitas præscribere potuerit nihilominus [illegible] dictam præscriptionē Illustrissimus & Reuerendissimus D. Episcopus restituendus sit.

His fundamentis iactis, & bene constitutis, tum argumenta in contrarium allata confutabimus.

Primum igitur fundamentum est in mala fide, propter quam præscriptio fuerit impedita. Istud fundamentum firmum ac solidum esse probabimus, si duo vera esse ostenderimus, quorum vnum in facto consistit alterum in iure. Primum est ciuitatem B. in mala fide fuisse, ex eo quod sciret vectigal istud ad Illustrissimum & Reuerendissimum D. Episcopum pertinere, & eidem concessum fuisse ad tempus vitæ ipsius Episcopi B ad quem pertinebat. Alterum est malam fidem impedire omnem præscriptionem etiam longissimi & immemorialis temporis, quando de illa vere constat.

Quod attinet ad primū illud probatur ex instrumento concessionis factæ ab Episcopo I anno 1337. in quo continetur præfatum Dn. Episcopum considerantem fructus & obuentiones huius vectigalis quod vulgo vocatur Vitzelt ipsius oppidi B. retroactis temporibus in alios vsus quam in ædificia communia ipsius oppidi & reparationes pontium &c. fore interdum cōuersos, minus prouide, & consumptos, idcirco hæc præcauere cupientem de ipso temporibus vitæ suæ recolligendo & percipiendo ita disposuisse, vt præpositus eius vna cum duabis honestis personis, quarum vna ex consulibus esset dictæ vniuersitatis ipsum vectigal singulis annis colligere fideliter & in supradictos vsus videlicet ædificiorum reparationes dicti oppidi, murorum & turrium & alias necessitates conuertere deberent, & de his plenariam rationem reddere. Renuncians eidem vniuersitati B. quicquid præteritis temporibus ex dicto vectigali percepisset, & in dictos vsus non conuertisset. Hoc priuilegium postea vniuersitas allegauit, & in eo se fundauit, in lite quam habuit cum quodam Abbate nolente soluere istud vectigal de quo fit mentio in facti specie nobis proposita.

Ex hoc autem nos deducimus malam † fidem dictæ vniuersitatis, quia mala fides est scientia rei alienæ. *cap si virgo.* 34. *quæst.* 2. Bartolus *in leg. celsus. numer.*18 *ff. de vsucap.* Abbas Panorm. *cons.*3. *quæst* 14. *libro secundo* Alexander *ad leg. Pomponius* 9. *cum quis numero secundo. ff de acq. possess* Parisius *cons* 27. *numer.*123. *libro primo.* Æmilianus *cons.* 223 *numer.*32. Menochius *de arbitr. iud. ca u* 225. *numer.*8 Cephalus *cons.* 161. *numer* 31. *libro secundo.* Et dicitur mala fides vera & propria Ioan. And *in add ad Specul. titul. de præscriptionib.* § 1 *numer* 28. Balbus *de præscription. 2. parte. 3. partis. quæst* 5 *in prin.* Abbas Panorm. *in cap. grauis. numer.* 15 & 16 Berous *numer.* 27. *de restitution. spoliator.* Crauetta *cons.* 146. *ad finem.* Cephalus *cons.* 316. *numer.*18. *libr.*3. 14

Vniuersitas autem supradicta sciuit dictum vectigal pertinere ad Illustrissimum & Reuerendissimum Dn. Episcopum cum ab eo illud acceperit. Neque enim dominii quæstionem refricare potest eo a quo causam † habet, *leg nec creditores. C de pig. act. leg. ita vt si fi ri ff. commoda.* præclare explicant Dec. *ad l. si a furioso circa finem. ff si certum pet.* Crau. *cons.*157.*n.*5. 15

Idem iuris est in successore † eiusdem qui causam habet ne plus iuris habeat successor quā author eius late post Socinum, Ripam, & alios explicat Ceph. *in cons.* 68.*n.*31.32.*lib* 3. 16

Et quidem si talem causam habuisset dicta ciuitas ab Episcopo vt in eam absolute vectigal translatum esset, res est perspicua in fauorem ipsius sed ita accepit, vt tantū ad tempus vitę Episcopi I possideret, & sub certis pactis ex quo conficitur ciuitatē

 optime

optime sciuisse quod vectigal ad Episcopum pertineret, & quod no libere nec perpetuo in eum translatum esset, & consequenter quod dictum vectigal post Episcopi mortem reuerteretur ad successores & ipse nullum amplius ius haberet, sed illud extinctum esset vita Episcopi. Si enim ad Episcopum non pertinuisset quomodo passa fuisset ciuitas eas leges sibi imponi circa illius exactionem, de quibus in instrumento.

Alterum vero quod in iure consistit, nempe ma-
17 lam fidem † impedire præscriptionem etiam temporis immemorialis, facile demonstrari potest. Primo ex verbis generalibus. *ca. vigilanti. & c. vlt. de præscript. & ca. possessor malæ f[illegible]de reg. iur. libro sexto.* De-
18 inde ex † communiori doctorum interpretatione. Ita enim docuit Glos. *in c. 1. in vers. nisi. de præscript. lib. sexto*, & ibi Philippus Francus *col. vlt.* Angelus Aretinus *in §. furtiuæ. instit. de vsucap.* Antonius Rubeus *cons. 23. numer. 14.* Crauetta *dicto cons. 146.* Balbus *de præscript. 2. parte 3. partis princip. quæst. 6.* Afflictus *decis. 368. numer. 10.* Alexander *in leg. cum aliquis C. de iure delib.* Dynus *ad d. reg. possessor malæ fidei. numero quinto.* Panorm. *in dict. capitul. vlt. not. 1. de præscript.* Couarru. alios citans *ad dictam reg. possessor malæ fidei. 2. parte. §. 8. numero quarto.* Guido Papæ *cons. 91. numero quinto.* Zasius *cons. 16. numer. 51. libro secundo*, alios multos citat Gabrielius *lib. 5. commu. concl. tit. de præscript. concl. 1. n. 57. vers. contrarium. & nu. 59.*

Non obstat si dicatur malæ fidei obiectionem lo-
19 cum † non habere, mortuis illis primis ciuibus qui acceperunt vectigal istud ab Episcopo, quia illis vita functis præscriptio incipere potuit, & perfici ex personis successorum qui in bona fide extiterunt: quoniam infra suo loco respondebimus ad hoc argumentum.

Secundum argumentum est, quia ciuitas accepit istud vectigal ab Episcopo in vita eiusdem sub certis conditionibus, ergo non potuit mutare sibi causam possessionis & illud possidere iure dominii, vel
20 præscriptione requirere. Sic n. dicimus † conductore, emphyteutam, precario possidentem, vsufructuarium & similes aduersus dominum & eius successores præscribere non posse. *leg. neque vsufructuarium. C. de vsufruct. leg. cum heres. de diuers. & tempo. præscript.* Castrens. *in d. l. neque.* Balbus *de præscript. parte 4. partis 4. princ. q. 11.*

Tertium fundamentum est in restitutione in integrum. Nam dato quod locus foret præscriptioni, tamen dicimus Illustrissimum & Reuerendissimum Dn. Episcopum in integrum restituendum fore, aduersus dictam præscriptionem. Pro cuius rei confirmatione præsupponimus in facto, vera esse quæ narrantur. In primis de anno 1355. & sicante completam præscriptionem. Non enim incipere potuit nisi anno 13[illegible]. præsupposito eam incipere potuisse, quod tamen falsum est propter malam fidem vt dictum est dictam ciuitatem siue oppidum B. oppignoratum fuisse, post mortem Dn. Episcopi I cuidam Burgundo, deinde redemptum fuisse, & statim iterum oppignoratum anno 1385. & ita non fuisse in potestate Episcopi per annos 80. Denique postea quam redemptum fuit, Episcopos pro tempore existentes non habuisse scientiam siue informationem quomodo vectigal, de quo agitur, in ciuitatem translatum fuisset, ab antecessoribus Episcopis.

Quapropter [illegible] in potestate fuisse dictorum Episcoporum vindicare ipsum vectigal quod illis competebat. Quibus impedimentis non obstantibus licet præscriptio currere potuerit aduersus dictos Episcopos quod tum negatur, tamen de iure in integrum restituendi sunt.

Cum hæc fuerint † iustissima impedimēta, secun 21
dum communiorem doctorum sententiam, *argum. l. Attilicinus. ff. de ser. rust. præd. leg. 1. §. si quis autem. ff. de itine. actuque priuat. l. si creditor. §. 1. ff. de distract. pigno.* Alexander *cons. 169. libro secundo.* Cagnolus *leg. 2. numer. 219. Cod. de pactis inter empto. & vend.* Cephalus *cons. 146. nu. 38. 39. lib. 1.* Oddus *de restit. in integr. part. 2. q. 90. art. 6.*

Et licet aliqui contrarium docuerint, eo in casu, quo restitutio † ex capite ignorātię postulatur quos 22
ibi Oddus commemorat, tamen in Episcopo & sic in ecclesia res est magis pe[illegible] *per text. in clem. 1. de rest. in integr.*

Nos autem versamur in vectigali quod pertinet ad ecclesiam, quia vnitum est cum iure Episcopatus B. licet enim tanquam Princeps Imperii Romani hæc habeat regalia, tamen illa sunt vnita & coniuncta cum Episcopatu ita vt recte dici possint bona ecclesiæ B. siue Episcopatus B.

Quod autem ecclesiæ concedatur restitutio in integrum aduersus præscriptionem etiam centum annorum ex † capite ignorantiæ, communis est do- 23
ctorum sententia, sicut videri potest apud Oddum *loco annotato art. 7.* citantem Roman. Decium, Iasonem, Pinellum, Socinum iuniorem, Abbatem, Felinum, Alexandrum, Roland. à Valle. Didac. Couar. Marant. Balb. Capr. Cassaneum, Socin. seniorem, Ruinum, Anguisciolam, Bellameram, Bertrandum & alios.

Huc accedit ratio, quoniam, vt dictum est, ecclesia vtitur iure † minoris, *cap. 1. de restitutionib. in* 24
integrum ca. 1. eod. tit. Minor autē restituitur aduersus præscriptionem quamcunque ex qua læsus est, *toto titul. ff. de minorib.* Couar. de communi fidem faciens *ad reg. possessor malæ fidei. 3 parte. §. 3. n. 4.* Odd. *quæst. 90. art. 3.*

Non obstat si dicatur lapsum esse tempus petendi hanc in integrum restitutionem, nempe quadriennii; quoniam ad hoc argumentum inferius suo loco respondebitur.

Neque etiam hoc in casu obstare potest, quod agatur contra vniuersitatem quia ecclesia vtitur iure minoris & in integrum restituitur etiam † aduersus 25
aliam ecclesiam, quod est fortius, *vt in c. auditis. de restitutionib. in integr.* sicut & minor contra minorem, & priuilegiatus contra priuilegiatū restituit, vbi de damno euitando agitur, & aduersarius certat de lucro captando, vt in casu nostro: licet n. causa hinc inde sit fauorabilis, tamē præfertur illa quę certat de damno euitando, *argum. leg. vlt. ff. ex quib. cau. maior. leg. verum. §. vlt. ff. de minor.* & declarant Bartolus *in auth. quas actiones. numero tertio. C. de sacrosanct. eccl.* Decius *in c. in præsentia. n. 172. de prob.* & ibi Felin. *n. 30.* Anchran *in d. ca. auditis. in fine de restitut. in integr.* Romanus *cons. 166. numer. 14.* Cephalus *cons. 116. numer. 6. lib. 1.* Oddus alios citans *de rest. in integr. parte 1. quæst. 18. arti 4. 5. & 9.*

Quibus ita se habentibus, non obstant ea quæ in contrarium allata sunt, & nobis ansam dubitandi præbuerunt. Nam ad singula singillatim respondebimus.

Quod attinet ad primum argumentum, respondemus, verum esse regulariter omnem actionem longissimo tempore quadraginta annorum tolli & extingui,

[illegible], sed hoc procedit quando possessor est in bona fide, si vero sit in mala fide locus est dicendum, quoniam mala fides præscriptionem impedit, vt iam dictum est.

Quod ad secundum attinet de præscriptione temporis immemorialis, ad uertendum esse existimamus [illegible] qua [illegible] quadam præsumptione, quæ quidem præsumptio cedit veritati. Itaque si apparet [illegible] habuisse, & titulum vitiosum [illegible] tunc non est locum [illegible], quæ oritur ex vetustate temporis, sed [illegible] titulus † malus & vitiosus, [illegible] possessionis & mala fides euidenter [illegible], in [illegible] non est opus coniecturis *leg. [illegible]. [illegible] ff. de verborum obligationib.* & [illegible] vinci & tolli præsumptiones per [illegible] probationes *leg. vlt. ff. de [illegible] tempora. ff. de iur. do.* Hoc [illegible], & [illegible] consentaneum, tamen facile confirmari posset [illegible] etiam authoritate, qui hoc obseruarunt, [illegible] consignarunt: [illegible] respondit [illegible] in cons. 1 [illegible] *nu.* 20. *vers. item [illegible] nu.* 29. *vers.* [illegible] Paulus Castrensis [illegible] cons. 4 [illegible] *numer.* 2. [illegible] Alexand. cons. 44. lib. 3 [illegible] *cons.* [illegible] *cons.* [illegible] *numer.* 4. Crauetta *cons.* 1[illegible]4. [illegible] 34. *vers. [illegible] & de antiquitate tempo.* [illegible] 3 4.5. *vers. his* [illegible] *numer.* [illegible] *vers. secundo respondeo.* [illegible] *cons.* 6[illegible] *libr.* 1. Veralius [illegible] *vers. [illegible] præsumptus.* Couar. [illegible] *parte* 2. § . 3. *numer.* 7 *ad finem.* [illegible] Alciatus *cons.* 164. *numer.* 8. Menoch. [illegible] *consil.* 3. *numer.* [illegible]9. & melius *de præsumpt.* [illegible] 131. *numer.* 49. Antonius Gabrielius [illegible] *conclu. titul. de præscript. concl.* [illegible] *de prob. volum.* 3 *concl.* 1371. *numer.* 63. [illegible]

Quod [illegible] de quo agitur sit iniustus & [illegible] ad dominium transferendum in ciues, patet, quoniam [illegible] est dictum vectigal ad tempus [illegible] Episcopi I. & sub certis modis & cōditionibus, [illegible] Episcopi concedere [illegible] nullum ius [illegible] potest, sed extinctum fuit & [illegible] vectigal [illegible] non sunt consecuti ex titulo [illegible] idoneus, & sufficiens [illegible] consequerentur.

[illegible] tertium, quartum & [illegible] argumentum. Omnia enim eo tendunt, [illegible] præscriptione temporis immemorialis præsumitur [illegible], sed hęc præsumptio vt dictum [illegible], quando de veritate constat, hoc est, [illegible] titulo & [illegible], ex quo mala fides apparet [illegible] prout in casu nostro, [illegible] quæ [illegible] dicta sunt, nec iterum opus est [illegible].

Ad [illegible] argumentum, quo dicebatur malam [illegible] præscriptione temporis immemorialis ne[illegible] respondetur multis modis: & [illegible] qui ita responderunt iuri [illegible], quia nulla præscriptio locum habet cum mala fide, *vigilanti ibi, nulla antiqua* [illegible] *de præscript.*

Secundo [illegible] doctorum sententiam [illegible], [illegible] his quæ superius allata [illegible] quidem communis sententia præferenda est & sequenda in iudicando & consulendo.

Tertio eorum sententiam qui dixerunt bonam fidem non esse necessariam, in præscriptione immemoriali, locum non habere, quando tales facti circumstantiæ concurrunt, quæ in casu nostro, cum scilicet illa bona præsumptio quæ est pro immemoriali præscriptione tollitur ex contraria præscriptione & probatione, per quam apparet de titulo vitioso & iniusto, & de ipsa mala fide, vera & manifesta.

Quarto respondetur illam sententiam ita accipiendam esse, vt doctores qui eam secuti sunt loquuntur: videlicet in præscriptione immemoriali non esse curandum de bona fide, nec eius probationem exigendam, quoniam illa præsumitur, ex temporis antiquitate & vetustate. Hæc autem ratio, vt iam dictum est locū habere non potest in casu nostro, quia in claris non est opus coniecturis, & cū appareat de initio possessionis, & titulo vitioso & malo, omnis bona præsumptio cessare videtur.

Ad septimum argumentum respondemus veriorem esse & communiorem sententiam, quod ecclesiæ & etiam maioribus competat in integrum restitutio aduersus quamcumque præscriptionem & centum annorum, & sic temporis immemorialis, vt late per Oddum *d. quæst.* 90 *art.* 6. & 7.

Secundo respondetur allegatos in argumento loqui de restitutione in integrum ex capite ignorantiæ, hic autem versamur in Episcopo, & sic in ecclesia quæ vtitur iure minoris, vt dictum est, & consequenter restituitur aduersus quemcunque lapsum temporis.

Non obstat si dicatur vectigal istud pertinere ad Episcopum B. tanquam ad Principem Imperii Romani, quia est ex regalibus *titul. quæ sint regalia. in vsib. feudorum.* quia illud ius simul etiam spectare debet ad ecclesiam B. quatenus idem est Episcopus & Princeps Romani Imperii, & sic iura ecclesiæ & regalia simul sunt coniuncta.

Rursus non obstat, si dicatur, lapsum esse tempus quadriennii ad petendam in integrum restitutionem constituti, quia hoc argumentum locum haberet, si probaretur post completam præscriptionem, Episcopum qui pro tempore erat B. scientiam habuisse, & informationem huius rei, etenim præsumitur ignorantia *leg. verius ff. de probatio. cap. præsumitur. de reg. iur. libr.* 6. præsertim in eo qui in alterius locum succedit, *leg. qui in alterius. de reg. iuris.* Et tempus istud quadriennii nō currit ignoranti, quia non incipit currere, nisi ex eo tempore, quo olim annus vtilis incipiebat, *leg. vlt. Cod. de tempo. in integr. restitution.*

Annus autem vtilis olim † non currebat ignoranti ius suum, quia dum quis ignorat agere nō potest, & vt annus vtilis currat, necesse est vt quis agere possit, *leg. 1. ff. de diuersis ac tempo. præscript.* Ita docuit omnium primus Baldus *in leg. falsam numer.* 3. *Cod. si ex falsis instru.* Paulus Castrensis *in leg. vlt. Cod. de dolo.* Balbus, *de præscript. parte* 6 *numer.* 28. Tiraquell. alios citans, *de retractu consanguineorum.* § 35. *Glos.* 4. *numero quadragesimo quarto.* Socinus iunior *in consilio centesimo vigesimo octauo, numero centesimo sexagesimo sexto, libro primo.* Rebuffus *de restitutionib. in integr. art.* 2. *Glos. 1. numero tertio.* plurimos alios citat & sequitur Oddus *de restitutionib. in integr. parte prima. quæst.* 20. *art* 4. 27

Quod vero dicebatur istud quadriennium tolli rursus spatio 40 annorū, ex nonnullorum doctorum sententia

similia ex eo refellitur, quod in contrarium se habet magis communis doctorum sententia, volentiū restitutionem concedi etiam si centum, & vltra anni lapsi essent ex die læsionis, & læsus ignoraslet ius suum, sicuti late prosequitur Oddus *in dicto loco numer.* 39.

Deniq; quod dicebatur Episcopos scientiam habuisse iurium suorum, post finitam & completam præscriptionem, id in facto verum esse nobis non constat, imo ex facti specie nobis proposita contrarium præsupponitur: nempe Dn. Episcopos qui fuerunt pro tempore B. post redemptionem factam ciuitatis B. quæ fuit bis oppignorata, nullam de hoc negocio informationem habuisse, & maxime de iuribus ecclesiæ competentibus super dicto vectigali.

Nec obstant transactiones factę, quarum fit mentio in Themate facti, nobis transmisso, & quarū copia missa est, quia nulla in illis mentio continetur, quo pacto illud vectigal fuerit à principio cōcessum nimirum anno 1337. Vniuersitati supradictæ B. vt proinde ex eis colligi possit Episcopos transigentes notitiam iuris sui habuisse & præscriptionis contra eos completæ, atq; adeo læsionis suæ, quin imo potius apparet eos nihil sciuisse de iuribus ad se pertinentibus, & præsupposuisse illud vectigal ciuitati competere, ex concessionibus olim absolute factis à prædecessoribus Episcopis, quoniam nulla fit mentio, quomodo vectigal dictę vniuersitati concessum fuerit. Et vt quis scientiam dicatur habere requiritur
28 vt factum sciat cum omnib. † suis qualitatibus, ita vt rem perfecte intelligat: nec enim sufficit scientia in genere, sed certa & plene requiritur secundum Gl. *in c. concertation. in verbo sciuerit. de appellatio. libr.* 6. late Tiraquellus *de retractu consang.* §. 36. *Glo.* 11. *numer.* 30. Crauetta *cons.* 197. *nu.* 14. Cacheranus *decis. Pedemon.* 176. *num.* 4.

Ad octauum argumentum quo dicebatur malam fidem non obstare, quia licet primi ciues dictæ vniuersitatis B. notitiam habuerint, vectigal illud pertinere ad Episcopum, tamen illis mortuis mala fides cessauerit, cum reliqui successores nihil sciuerint, & in bona fide fuisse præsumendi sint. Ad hoc argumentum respondemus, malam fidem vniuersitatis quæ initio adfuit impedimento fuisse præscriptioni, etiam mortuis illis hominibus qui tunc erant, & in ma-
29 la fide fuerunt, quoniam † vniuersitatis est semper eadem & non mutatur, ex eo quod moriantur singuli successiue, & alii in locum eorum succedant, imo semper eadem est vniuersitas *l. proponebatur. ff. de iudiciis.* & tradunt Decius *cons.* 51. *numer.* 3 Calderinus *cons.* 21. *titul. de præscript.* Baldus *cons.* 159. *numer.* 3. *lib.* 3. Natta *in cons.* 589. *n.* 15. *& sequen.* Bursatus *in cons.* 160. *n.* 57. *lib.* 2.

Etenim tenemus nostris quod mortuis hominibus alicuius vniuersitatis, qui erant in mala fide, nō possit vniuersitas præscribere, licet alii successores fuerint in bona fide, allegari solet Baldus *in l. imperium. ff. de iuris. d. om. iud.* vbi dicit in præscriptione ab initio requiri bonam fidem, ita vt scientia obliuioni tradita non sit habenda pro bona fide: ac propterea infert quod si populus qui iurisdictionem præscribit in aliquo castro fuerit à principio malę fidei, licet hodie sit bonæ fidei non præscribit, in æternum quia cum populus sit idem numero, semper videtur continuari mala fides *l. clam possidere. ff. de acq. poss. & l. proponebatur. de iud. l.* 1. *§lo.* 9 *& per l. sequ. initium. de vsucap.*

Idem respondit Hostiensis *in c.* 2. *de purga. vulg.* vbi propterea scribit ciuitates Italiæ nunquam præscripsisse merum imperium, quia habuerunt malum initium & violentum.

Idem respondit Petrus Philippus Corneus *in cons.* 22. *n.* 12. *lib.* 1. vbi late id probat.

Idem respondit [illegible] argumentis Hippolytus Rimmaldus *in cons.* [illegible] *n.* 2. *& sequent. lib.* [illegible].

Nec obstat Bartoli authoritas quæ in contrarium adducitur *in l. potest. ff. de vsucap.* quia Bartolus illi innititur authoritate Innocentii *in c. cura. de iure patrona.* vbi Innocentius id non scribit, imo id contrarium potius sententiæ inclinat, sicut ante nos animaduertit Corneus *loco proxime citato.*

Authoritas vero Baldi non videtur esse magni facienda cum articulum non disputet, & tantum Innocentii & Bartoli authoritate nitatur, quæ & rationi & aliorum plurium authoritati merito postponenda esse nobis videtur.

Atq; hæc habuimus quæ de prima quæstione in medium afferremus.

Sequitur secunda quæstio quæ duas habet partes prima est an instrumentum illud quod sumptum est ex originali & exemplatū siue, vt vulgo dicitur, Vidimatum fidem mereatur.

Altera quomodo accipiendum sit, id est, an concessio ibi facta vectigalis de quo agitur fuerit ad certam concedentis an vero perpetua, ita vt etiam successores obliget.

Quod attinet ad primam partem præmittimus duas iuris coclusiones certas, & ab omnib. receptas.

Prima est quod transumpto siue exemplo non sit
credendum † nisi producatur instrumentum origi- 30
nale vt docet tex *in l.* 2. *ff. de fide instru. & in c.* 1. *eod. tit.* & tradit Gl. *vtrobiq;* Cumanus *in cons.* 166. *n.* 2. latissime Mascard. qui plurimas affert authoritates & rationes *de probationib. vol.* 2 *concl.* [illegible] *in princip.*

Altera est conclusio vt transumptū siue exemplū
desumptum ex † originali fidem mereatur, necesse 31
esse vt iudicis authoritate fuerit desumptum ita docet tex. *in c. pen. & fi. de fide instr.* & ibi omnes doctores notant & late Couar. explicat, *practicar. quæst. cap.* 21. *nu.* 3. vbi etiam dicit requiri citationem eorum quorum interest: & idem in aliis citatis quam plurimis tradit Mascardus *loco proxime citato, n.* 17. 18. 19.

His ita constitutis iam oritur quæstio vtrum & iudicis authoritas, & citatio partis, & alia necessaria requisita in exemplo desumendo siue, vt doctores loquuntur, in exemplatione instrumēti præsumantur in casu non interuenisse; quandoquidem & instrumentum originale, & transumptum ipsum siue vidimatum sint antiquissima, ante ducentos annos confecta. Nam si hæc præsumerentur interuenisse propter temporis antiquitatem, ex hoc inferri posset eiusmodi exemplum seu transumptum plenam fidem facere & plene probare, si vero hæc non præsumantur interuenisse, recte deduci posset non plenam fidem facere hoc transumptum, de quo agitur. Igitur
propter temporis† antiquitatē præsumenda esse so- 32
lennia hæc responderunt Pontif. sc. Aretin. *in cons.* 36. *nu.* 5. 6 Hostiensis & Innocentius *in c. Albericus. de testibus. & in c. vlt. de fide instr.* Iason. *in auth. si quis in aliquo. vers. nono fallit. & ibi additio C. de edend. & in l. plenit. n.* 5 *C. de testam.* Decius *in cons.* 445. *n.* 15. vbi citat etiam Cumanum *cons.* 158 Idem respondit Paris. *cons.* 104. *num.* 55. *lib.* 2. Crauetta *de antiq. temp. part.* 3. §. *videamus in genere* . *n.* 2[illegible] Antonius Gabriel. *suos citans libr.* 1. *commun. concl. tit. de præsumptionib. concl.* 1 *num.* 3. Couar. *pract. quæst. cap.* 21. *num.* 7. Mascardus *loco proxime citat. num.* 81. 82. Huic sententiæ adstipulantur aliæ iuris testimonia,

[illegible] probatur ex temporis longissimi lapsu [illegible] solennia acta, *ca. peruenit. de emp. &* [illegible] *aqua ff. de aqua quot. & estiu. l. 1. § vlt. ff. de aqua* [illegible] *super quibusdam. §. praeterea. de verb. sig.*

[illegible] quod in antiquis sufficiunt probationes [illegible] plene difficulter haberi possunt, *l. pen. ff.* [illegible] *cum causam. cod. tit. c.* [illegible] *1. de test.*

Veruntamen [illegible] non obstantibus respondimus [illegible], & iterum respondemus dictum instrumentum, ita transumptum seu vidimatum non facere plenam fidem [illegible] hanc sententiam inducti sumus [illegible], quod ex inspectione dicti transumpti non apparet [illegible] solennia interuenisse, quae [illegible] et adhiberi [illegible] in instrumenti desumptione & vidimatione, vt fidem faciat, nimirum iudicis authoritas & citatio eorum, quorum interest, & in ipso
33 [illegible] † nulla etiam fit mentio quod dicta solennitates [illegible] adhibita, nec vllum aliud contineatur [illegible] quo in casu praesumptio cessit, quod [illegible] dictae solennitates, quandoquidem ex [illegible] ipsius instrumenti non apparet vllam interuenisse solennitate. Ita responderunt Paulus Castrensis [illegible] *num.* 4. *lib.* 1. Alexander *in cons. 1. num.* 13. *vers. praeterea ex* [illegible] *lib.* 4. Guid. Papae [illegible] Decius [illegible] *auth. si quis in aliquo. in 7 limitatione. Cod.* [illegible] *& in cons.* 4[illegible] *num.* 68 Iason *in leg.* 1 [illegible] Decius *num.* [illegible] *Cod. qui admit.* A[illegible] alios citat Couar. *pract. quaest. ca.* 21. [illegible] *casu.* quibus adde Socinum iuniorem *in cons.* [illegible] *lib.* 2. & Socinum seniorem [illegible] 46 *n.* 41. *li.* 4. [illegible] 76 *circa finem lib.* 2. & M[illegible] *supra nu.* [illegible] alios plurimos citantem *de praesump. lib.* 3. [illegible] *n.* 79.

[illegible] sententia confirmari potest ea ratione,
34 quod solennitas [illegible] quam doctores vocant extrinsecam [illegible] non praesumatur. Consistit enim [illegible] non praesumuntur, sed probari debent [illegible] *§. vlt. ff.* [illegible] *l. si ita stipulatus.* [illegible] *ff. de verb. oblig.* Menochius *libro tertio, de praesump.* [illegible] *praesump.* 1[illegible] *n.* 19 [illegible] Quod autem ex longo [illegible] solennitas, nulla lege [illegible] potest. Nam quae supra [illegible] sunt testimonia, loquuntur, vbi agitur de [illegible] consensu eius qui longissimo tempore [illegible] passus est aliquem manere in possessione [illegible]. Exemplum afferunt doct. quando [illegible] diu possedit beneficium, & ei ab Episcopo [illegible] controuersia, quod non fuerit solenniter [illegible] & promotus, ac in beneficio institutus, vt per Menochium [illegible] alios ab eo citatos, *vbi supra nu.* 4[illegible] qui [illegible] longissime aliena sunt ab hac [illegible].

[illegible] Aretini responsum, 16. quem multi [illegible] superius allegati, quia Aretinus loquitur [illegible] instrumenti facta fuit authoritate [illegible] *vt patet ibi. numer.* 6 & ex hoc Aretinus [illegible] caetera solennia requisita, nempe citationem [illegible] potuit praesumenda fuisse, [illegible] fuerat iam diu interpositam [illegible] dum erat recte & legitime [illegible] fuisse.

[illegible] in hac quaestione nostra non constat interuenisse aliquam iudicis authoritatem, in praesenti [illegible] ergo Aretini responsum [illegible] sententiae nostrae obstare potest.

[illegible] ad alteram partem huius secundae quaestionis, [illegible] prefatum instrumentum [illegible] vidimatum seu transumptum cotineat huius vectigalis concessionem perpetuam, ita vt duret etiam post mortem Episcopi I. qui eum fecisse dicitur, an vero sit potius restringenda ad vitam dicti Episcopi I. tanquam relationem quandã habens ad aliam concessionem temporalem ad vitam eiusdem Episcopi.

Pro huius articuli discussione & resolutione. Primo praemittẽda sunt verba dicti transumpti quae sic se habent quantũ ad rem nostram attinet. *Item insuper volumus & praecipimus, quod elapso dicto termino sex annorum, ipsi consules dicti oppidi nostri, B. iurati qui pro tempore fuerint, & tunc in posterum praedictos reditus & exitus* Vngelt *in praedicto nostro oppido B. & villis nostris forensibus eiusdem districtus vniuersis, habeant libere, & percipiant integre, ad bonos vsus prout hactenus habuerunt, perceperunt & possiderunt, à nobis & nostris praedecessoribus temporibus retroactis, omni dolo & fraude sublatis.*

Secundo praemittenda sunt verba praecedentis concessionis factae per eundem Episcopum I. eiusdem vectigalis praefatae vniuersitati B. anno 1337. haec enim concessio cuius verba proxime relata sunt facta est anno 1346.

Verba igitur concessionis prioris sic se habent, quod attinet ad rem nostrã. *Nos I. Dei gratia B. Episcopus, tenore praesentiũ publice profitemur, quod nos considerãtes fructus & obuentiones indebiti quod vulgo dicitur* Vngelt *oppidi nostri B. retroactis temporibus in alios vsus quam in ad ficia communia ipsius oppidi, & reparationes pontium & murorum, quibus dictum oppidum circumducitur propugnaculorum, moenium & aliorum eiusdem monumentorum fore interdum conuersos minus prouide, & consumptos, & idcirco hac praecauere, non immerito cupientes de ipso indebito temporibus vita nostrae recolligendo, percipiendo & in vsus praefatos conuertendo duximus, deliberatione matura prahabita statuendum in modum infra scriptum &c.*

His ita praemissis videbatur prima fronte nobis respondendum dictam concessionem vectigalis nõ esse restringendam ad vitam dicti Episcopi I. sed realem esse & perpetuã. Primo † quia Principũ benefi- 35
cia latissime sunt interpretanda, quatenus de cõmodo ipsius recipientis agitur, & de Principis cõcedentis praeiudicio *l. pen. & vlt. ff. de const. princip.* Ruin. *cons.* 58. *n.* 8. *lib.* 1. Crau. *in l.* 1. *n.* 15. *de l.* 1. Ceph. *cons.* 369. *n.* 76. *lib.* 3. Sed nulli dubium esse potest, quin haec sit latior & recipienti fauorabilior interpretatio in casu nostro, vt haec concessio sit perpetua, & non personalis ad vitam scilicet Episcopi: ergo ita interpretanda esse videtur, vt sit perpetua non autem temporalis.

Secundo quia concessio principis in dubio intel-
ligitur potius esse † realis quam personalis vt decla- 36
rant Bart. *in l. pater. ad finem ff. de seruit. lega.* Alex. *in l quia vult. ff. soluto matr.* Ias. *in cons.* 117. *li.* 2. *col.* 1. *vers.* 2 *qui* Anchar. *cons.* 327. *n.* 3. Dec. *cons.* 262. *n.* 5. Bell. *cons.* 20. *n.* 8. Natt. *cons.* 64. *n.* 21. Alb. *in cons.* 64. *n.* 72. Bursat. *cons.* 30. *n.* 4. *lib.* 1. Menoch. *de praesump. lib.* 3. *praesump.* 103. *n.* 29.

Tertio quoniam haec concessio facta fuit in recõpensationem plurimorum seruitiorum Episcopi & ecclesiae B. per dictos homines vniuersitatis B. impensorum, & de die in diem impendẽdorum vt formaliter dicitur in instrumento dicti transumpti. Videtur autem haec ab omnibus recepta conclusio cõcessionem praesumi potius realem & sic perpetuam quã personalem, quoties à Principe facta est pro recompensatione seruitiorũ, quia videtur esse ad in-
star alicuius contractus † cuius natura est obligare 37
etiam successores vt post alios deducit Menoch. *loco proxime citato. numer.* 13. 14. Socinus senior. late *cons.* 84. *libro tertio.*

Quarto

Quarto idem videbatur respondendum propter verbum *libere*, quo vsus est Episcopus Ioannes in dicto instrumento transumpto vt scilicet consules dictę ciuitatis B. libere & integre habeant percipiantq; 38 dictum vectigal. Etenim † dictio *libere* idem significat quod dictio *plene*, vt declarat Ruinus *cons.* 100. *nu.* 4. *lib.* 1. *&* 121. *n.* 1. *&* 138. *n.* 2. *li.* 1. Quare sine contradictione facere potest is qui libere potest, Gozadinus *cons.* 47. *n.* 9. Calcaneus *cons.* 3. *nu.* 8 & alii multi in dictionario Alberici in verbo libere, & totalitatem importat dictio libere, vt per Crauettam *cons.* 112. *nu.* 5. Menoch. *de arbitr. iudi. quæst.* 7. *n.* 35. Ergo nec præsens Illustrissimus & Reuerendissimus D. Episcopus contradicere poterit.

Verum istis & similibus quæ pro eadem sententia in medium adferri possunt non obstantibus, contrarium deciditur, nempe dictam conuersionem de qua in transumpto personalem esse, & non excedere vitam Episcopi I. concedentis, pro cuius sententiæ confirmatione considerauimus verba superius relata, quæ proculdubio relationem habent ad alias cōcessiones eiusdē vectigalis factas ab eodem Episcopo & prędecessorib. eius, vt patet ex illa clausula. *Prout hactenus habuerunt, perceperunt, & possederunt à nobis & nostris prædecessoribus.*

39 Illa dictio *prout* est † relatiua & limitatiua, vt declarat Bartolus ad reprimendum in verbo *prout. & in l. edita. C. de edendo* & ibidem Decius *n.* 85. Bursatus *in cons.* 1. *numer.* 45. *libr.* 1. Alexander *cons.* 46. *colum.* 4. *libr.* 1.

40 Et licet aliquando stet † causaliter præsertim in priuilegiis, & vbi quis liberam habet potestatem disponendi, vt declarat ibidem Decius *numer.* 86. Nec faciat relationē quando non reperitur illud ad quod refertur, vel quando si reperiatur contrarium dicit, sed attendi debeat id quod certum est, & expressum in referente, vt per Tiberium Decianum *cons.* 58. *nu.* 62. *libr.* 2. tamen id in casu hoc nostro applicari non potest, cum appareat forma concessionis ad quam fit relatio, nimirum de forma & tenore concessionis eiusdem vectigalis factæ ab eodem Episcopo I. licet non appareat de aliis cōcessionibus prædecessorum eius qualiter factæ fuerint.

Ergo posterior concessio præfati Episcopi I. intelligenda est secundum tenorem prioris concessionis ab eodem factæ, quæ certa est & apparet, nec aliquid contrarium cōtinet eius quod in posteriori conces-41 sione continetur. Relatum enim † est in referente cum omnibus suis qualitatibus. *l. asse toto ff. de hæred. instit. l. si ita scripsero. ff. de cond. & demonstr.* Parisius *cons.* 5. *n.* 6. 8. *lib.* 1. Alex. *cons.* 30. *lib.* 1. Berous *cons.* 140. *nu.* 35. *lib.* 2. Bursatus alios citans *cons.* 131. *n.* 1. *lib.* 2. Tib. Decian *cons.* 123. *n.* 31. 3 *l. lib.* 3.

Est igitur considerandum quomodo loquatur prior concessio ab eodem Episcopo facta ad quam posterior refertur. Et vt ex verbis eius apparet, quæ superius recensuimus, nobis videtur, eam ita loqui & accipiendam esse, vt sit temporalis & locum habeat ac duret, donec dictus Episcopus I. vixit. Nam vt ibi dicitur, dictus Episcopus I in præfatione ipsa declarat, se velle de isto vectigali temporibus vitæ suæ recolligendo & percipiendo statuere. Si igitur voluit statuere & statuit quomodo illud vectigal percipi, colligi & in quem vsum conuerti deberet temporibus vitæ suæ, res videtur satis clara & perspicua, dispositionem illam non posse extendi vltra mortem ipsius Episcopi I Nam dispositio facta ad tempus vitæ non potest vltra illud tempus produci & extendi. *l.* 4. *ff. locati.* Ratio est quia quod ad tempus concessum † est, eo finito prohibitū censetur. *l. Imperator. ff. de postulan. l. cum pater. ff. filia* & ibi notat Bartolus *de leg.* 2. & scribunt copiose Crau. *in cons.* 156. *n.* 5. Menochius *cons.* 68. *n.* 10. *lib.* 1. 42

Neque vero dubitandum est quin ex præfationis verbis animus & intentio disponentis ac cōcedentis colligatur, ita vt ex ipsa præfatione sequens dispositio restringatur, declaretur † & extēdatur, *l. Cancellauerat ff. de his quæ in testa. delen. l. vlt. ff. de hered. instit. l. adigere.* § *quamuis. ff. de iure patro. l. cum pater.* § *dulcissimis. de leg.* 3. *l. Titia.* § *idem respondit. de verb. oblig. l. item quia.* § *idem respondit. ff. de pact.* notant Innocentius *in c. innotuit. de arbitr.* Abbas *in cons.* 93. *col.* 2. *lib.* 1. Alexand. *cons.* 7. *lib.* 2. *&* 55. *post prin. lib.* 5. Iason. *in l. iurisgentium.* § *quod vere. num.* 5. *ff. de pactis* Tiraquellus *tract. cessante causa limit.* 1. *n.* 65. Decius *cons.* 600. *n.* 1. Tib. Decian. *cons.* 3. *n.* 116. 43

Et quæ in præfationibus † dicuntur, in sequentibus repetita intelliguntur, vt in *d. l. Titia.* § *idem respondit. ff. de verb. oblig. l. item quia.* § *vlt. ff. de pactis.* vbi Ias. latissime declarans & exornans *d.* § *Idem respondit*, quare illud quod in dicta prǽfatione dictū fuit, repetitū censetur in tota illa dispositione, & concessione: ex quo efficitur dictam concessionem ita esse accipiēdam, vt intelligatur esse facta ad vitam memorati Episcopi I. & consequenter eo vita functo non habuerit effectum, sed extincta fuerit, nisi per successores Episcopos renouata & cōfirmata fuisset, qua de re nihil nobis constat. 44

Quibus ita sese habentibus non est difficile ad omnia argumenta respondere. Nam fatemur beneficia principum in dubio latissime esse interpretenda, item concessionem præsumi potius reale quam personalem. Et præsertim quando facta est ob bene merita: sed hæc omnia locum habere non possunt hoc in casu, in quo verba concessionis clara sunt & ad vitam ipsius Episcopi restringunt concessionem, in claris enim non est opus coniecturis, *l. continuus.* § *cum ita. de verb. obl.* & cū in verbis nulla est ambiguitas non est facienda voluntatis quæstio. *l. ille aut ille* § *cum in verbis. de leg.* 3.

Non obstat verbum *libere* positum in dicta concessione, quia † intelligitur secundum materiam subiectam sicut regulariter omnia verba sunt accipienda. *l. si vero ff. locati. l. insulam. ff. de præscrip. verb.* Itaque concessio intelligitur libere facta, vt dicta vniuersitas libere percipere possit vectigal prout hactenus habuit & percepit, & conuertendum in eos vsus de quibus fit mentio in ipsa concessione. Atque hæc sufficiant de secunda quæstione. 45

Tertia quæstio est qua ratione sit procedendum in causa huius vectigalis, aduersus dictam ciuitatem, iure ne an de facto per arresta.

Respondemus Illustrissimum & Reuerendiss. Dn. Episcopum iuri experiri debere, & propositis competentibus actionibus vectigal istud occupatum à dicta ciuitate in iudicio vindicare. Etenim ab arrestis incipiendum non est, cum † sint regulariter de iure prohibita. *c.* 2. *de sequestr. possess. & fruct. c. cum teneamur. de appella. d. vnica. C. de prob. sequestr. pecun. l. nulla. ff. de re iud. l. negantes. C. de oblig. & act. l. vlt. C. de exem. res iud.* Ratio est propter commodum possessionis, quod in perceptione fructuū consistit, quo commodo nemo indicta causa ne à iudice quidem priuandus est, *c. conquerente.* & ibi notat Panorm. *num* 7. *de restit. spol. l. vlt. C. si per vim vel alio modo.* Rursus quia arrestum † est species executionis. Ab executione autem 46 47

[illegible] [illegible]hoandum non est *l.* [illegible] *Cod. de execu. rei iud.* sed [illegible] quæ est de [illegible] vocãdo incipiendum est [illegible] [illegible]. late Andreas Gail. *de arrestis imperii. cap.* [illegible].

48 [illegible] † agendum atque experiendum erit, & licet [illegible] sit agere possessorio quam petitorio. *l.* [illegible] *ff. de rei vend.* Tamen in præsenti casu [illegible] videmur quomodo Illustrissimus & Reuerendissimus Dom. Princeps agere possit posses[illegible] præterquam recuperandæ possessionis [illegible] aduersa pars est in possessione. Interdictum [illegible] adipiscendæ non videtur conuenire, quo[illegible] competit qui possessionem nunquam adeptus [illegible] *§. adipiscendæ ff. de interd. § adipiscendæ. in in*[illegible] late Maranta *in pract. iud. 4 part. princip. di*[illegible] [illegible] *num.* 6 Menochius *de adipiscenda poss. remed. 1. num.* [illegible].

[illegible]perandæ autem possessionis interdictum Illustrissimo & Reuerendissimo Dom. Episcopo com-
49 petere [illegible] probaret suam † antiquiorem posses[illegible] & deinde se ab ea spoliatum esse sine cu pa & [illegible] *vt. ff. & C. vnde vi. & c. red. integranda §. quod* [illegible] latissime ibi Menoch. sed hoc remedium ali[illegible]ltatem habet vel respectu probationis possessionis antiquioris vel certe quia facto suo Do. Episcopus aliquo modo videtur cecidisse à posses[illegible] licet non veram & iustam aduersæ parti cau[illegible] occupandi & retinendi dictum vectigal [illegible] Episcopi I. & præsertim in alios vsus [illegible] pecuniam conuertendi quam in ipsa con[illegible] habeatur, quare in eiusmodi possessorio [illegible] difficultas ex traditis per Rotam Romanam [illegible] *de re permutatione. in nouis.* per Alexan[illegible] [illegible] *lib. 1.* Decium *consil. 57 num. 7* Cassio[illegible] *num 6. tit. de restit. spol.* Menoch. *de recup. poss.* [illegible] *n. 95.*

[illegible] promptum erit & conuenientius remedium [illegible] actionem intentare, quæ pro iuribus in-
50 corporalibus † vindicandis ex Doctorum communi interpretatione prodita est, nempe vel confesso[illegible] vel officium iudicis, vt late explicat [illegible] *num. 4 ff. de ope. nou nun.* Neque opus [illegible] examinemus, vtra ex dictis sit cõuenien[illegible] nomen actionis in libello exprimere non est [illegible] *de iud.* And. Gail *lib. 1. obseruat. 61. in* [illegible] Erit igitur actio instituenda & secundum sty[illegible] iudiciorum libello comprehẽdenda [illegible] adiectis salutaribus, narratione facta, [illegible] de quo agitur pertinere, ad Illustrissimum & Reuerendissimum Dominum Episcopum, [illegible] de [illegible] libus ipsius tanquam Principis, & in[illegible], & sine iusta & legitima causa occu[illegible] vsurpatum à consulibus & hominibus [illegible] ciuitatis B. quare petendum per iudicem com[illegible] pronunciari debere hæc vera fuisse, & di[illegible] vectigal ad præfatum Dominum Episcopum [illegible] Ac proinde condemnandos esse dictos [illegible] & homines dictæ ciuitatis, & condemna[illegible] iuris remediis & opportunis cogendos [illegible] dictum vectigal iniuste occupatum [illegible] Illustrissimo Domino Episcopo, vna cum [illegible] perceptis post mortem Episcopi [illegible] & [illegible] omnia concipi in libello per [illegible] vel Iurisconsultos peritos, & in praxi [illegible] Nobis enim hæc indicasse nunc pro quæ[illegible] expeditione sufficere videtur.

[illegible] proposita ex prædictis nul[illegible] potest verum posito quod nullum ex his quæ dicta sunt Episcopo remedium competere possit, ciues prædicti cogi possint ad obseruationem pactorum in dicto originali instrumento contentorum faciendi rationes agnoscẽdo, in precarium & in nullos alios vsus pecuniam transferendo quam in dicto instrumento contineatur, ciuitatis muros ædificando, & portas conseruando, licet in dicto instrumento vidimato certa tantum summa sit nominata, quam in præfatos vsus impendere deberent, &c. prout latius in dicta quæstione.

Respondemus, si vera non essent & de iure non procederent atq; consisterent ea, quæ in præcedentibus quæstionibus à nobis dicta & conclusa sunt, non posse dictos ciues cogi ad ea facienda quorum fit mentio in hac proposita quæstione. Ratio est perspicua, quia ciues præscriptione muniti essent & tuti per quam omnis actio Illustrissimi & Reuerendissimi Domini Episcopi, extincta & sublata foret, & sibi retinere, & vindicare merito possent ipsum vectigal iure proprio tanquam acquisitum iuste & legitime ex temporis præscriptione secundum leges notissimas, quas late adduximus supra in prima quæstione in argumentis contrariis. Et ex his putamus satisfactum à nobis esse pro iure & iustitia omnibus quæstionibus quæ nobis propositæ fuerunt, secundum ea quæ in facti specie continentur. Laus Deo.

Andr. Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Ciuitate B.

ARGVMENTVM CONSILII XI.

De collectarum impositione forensibus facta. De transactione & eius vi, & interpretatione, & aliis.

SVMMARIA.

1 *Principes inferiores possunt eorum subditis imponere collectas.*
2 *Et quæ sit iusta causa illas imponendi.*
3 *Et hæc opinio de consuetudine seruatur.*
4 *Et quid seruetur in Camera Imperiali.*
5 *Et quid in forensibus.*
6 *Sed contra ibi.*
7 *Concordantur opiniones.*
8 *Quid si Princeps asserat causam subesse.*
9 *Forensibus collecta imponi non possunt.*
10 *Collectas soluere in duobus locis nemo tenetur.*
11 *Consuetudo non extenditur ad alium locum.*
12 *Quid in Camera Imperiali seruetur.*
13 *Collectas imponi forensibus posse decreto generali.*
14 *Tractatus negotii nullum tribuit ius.*
15 *Mandatum speciale requiritur ad renunciandum.*
16 *Renunciatio super iure incognito non nocet.*
17 *Pacta posteriora prioribus derogant.*
18 *Transactio fieri nequit post rem iudicatam.*
19 *Alternatiua plurium remediorum electionem tribuit creditori.*
20 *Transactionibus standum.*
21 *Transactio non est, vbi lis esse non potest.*
22 *Transactio post rem iudicatam quando valeat.*
23 *Verba interpretanda sunt, vt repugnantiam non contineant.*
24 *Alternatiua remediorum quod tribuat electionem creditori quomodo accipiendum.*
25 *Clausula generalis non refertur ad specificata.*

26 *Error notarii partibus non nocet.*
27 *Error in dubio non præsumitur.*
28 *Error ea assertio non attenditur.*
29 *Administratores ciuitatum possunt transigere.*
30 *Transactio quando sua habeat substantialia.*
31 *Solennitas præsumitur ex longissimo tempore.*
32 *Conuentiones valent circa modum soluendi collectas.*
33 *Immunitatem à collectis possunt vniuersitas concedere.*
34 *Collectarum distributio fit per æs & libram.*
35 *Clausula, salua manente, est modificatiua.*

Christi redemptoris nostri subsidio inuocato.

VISA facti specie nobis proposita, diligenterque ac mature consideratis omnibus facti circumstantiis, singulis propositis dubitationib. sigillatim respondemus, vt infra. Capiendo itaq; primam dubitatione. Cum ciuitas B. in principio ad Illustrissimum D. Marchionem B. pertinuerit, & tunc ratione prædiorũ in territorio W. sitorũ nullas (vt vocant) steuras soluerit, soluere autem coacta sit, postquã in ditionem Principis W. peruenit, iuxta tenorem sententiarum iudicialium, an Princeps W. ius & potestatem habuerit, huiusmodi steuras imponendi. Et an postquam eadem ciuitas Illustrissimo D. Marchioni restituta fuit, etiam libertas ab eiusmodi collectarum solutione restituta videatur.

Videbatur prima (vt aiunt) fronte respondendum Principem W. ius ac potestatẽ habuisse, huiusmodi collectas imponendi. Nec ciuitatẽ ipsam B propterea liberam esse à solutione istarum collectarũ, quod Illustr. D Marchioni restituta fuerit.

Nam quod Princeps W. habuerit ius ac potestatem dictæ ciuitati B. collectas imponẽdi, posteaquã in eius ditionem peruenit, probatur ex eorum sententia, qui scribũt Principes, Duces ac alios dominos
1 inferiores à supremo Principe, collectas † eorũ subditis imponere posse, ita Bart. *in l. placet. col. 4. vers. circa tertium. C. de sacros. eccl.* Curtius iun. *in cons. 61. n. 9.* Parisius *in cons. 25 num. 63. 64 lib 1.* Hippo. Riminal. qui alios citat *in cons. 10. num. 16. lib. 1.*

Quod vero B ciuitas postquam Illustr. D. Marchioni fuit restituta, non propterea libera fuit à solutione huiusmodi collectarum, probari potest ex generali doctorum conclusione, quæ asserit etiã forensibus, & non subditis, collectas imponi posse, ratione bonorum, quæ habẽt in territorio alieno, præ-
2 sertim quando ob iustam † causam, vti sine dubio videtur esse, propter bellum aduersus Turcã imponuntur. Alexand. *in cons. 68. viso & diligenter discusso. col. 2. vers. sed præmissis non obstantibus. libr. 2.* Socinus iunior *in cons. 33. nu. 11. lib...* Decius *in cons. 694 col pen.* Curtius iunior *in cons. 60 col. 1.* Parisius *in d. cons. 25. nu. 66 lib. 1.* Natta *in cons. 215.* Hippol. Riminal. *dicto cons. 10. nu. 12. & 13. lib. 1.*

Et quanquam aliqui ex doctoribus fuerint in cõtraria sententia, hæc tamen præualere debet, quia
3 consuetudine † recepta est, vt dicit Bartol. *in l. 1. C. de mulier. & in quo loco. & in l. libertus. § sola. ff. ad municipalem.* Alex. *in cons. 101. col. 3. libr. 1.* Dec. *in memorato cons. 694. col. 1.* Paris. *in dicto cons. 25. num. 55. & num. 76. libro primo.*

Confirmatur hæc opinio ex iis quæ scribit Andr. Geil *lib 2 pract. obser. c. 53. in fine.* vbi dicit se meminisse,
4 quod in camera imperiali, in quadam † causa, fuerit aliquando iudicatum, ciues extra territorium ciuitatis ratione bonorũ, eo loci collectari posse, vbi bona sita sunt. Et idem Geill. *obseruat. 52. qua immediate præcedit. n. 24.* affirmat ex sententia Parisii, & aliorum supra citatorum, forenses, ac non subditos collectari posse, quando causa occurrit necessaria, & publica vtilitas, exigendi collectas: veluti, si timor belli subsit, vt in casu nostro.

Confirmatur rursus hæc sententia, quæ statuto, vel etiam decreto Principis, in † cuius ditione bona 5
sita sunt, forenses collectari possunt. *l. munerum. § patrimoniorum. & § præterea ff. de munerib.* Alex. *in cons. 68. libro secundo.* Curtius iunior *in cons. 61 num. r. 8.* Sed in casu nostro decretum Principis W. interuenit: igitur, &c.

Verum istis & similibus non obstantibus re penitius, maturiusq; perpensa, ac discussa, contrariam sententiam veriorem, & iuri, iustitiæque magis consentaneam existimauimus. Nimirum Principem W. ius non habuisse collectas imponendi ciuitati B. etiam eo tempore quo B. ciuitas ad eum pertinebat.

Deinde dato, sed non concesso quod habuerit ius imponendi eiusmodi collectas ciuitati B eo tempore, quo erat ei subdita, postquam tamen D. Marchioni B. reddita fuit, eiusmodi ius imponẽdi collectas extinctum esse, & ciuitatem ipsam liberam fuisse à dicto onere collectarum.

Primum quod asserimus, probamus duplici ratione. Prima ratio est: quia licet inter doctores † cõ- 6
trouersia sit, vtrum Principes inferiores à supremo Principe possint eorũ subditis collectas imponere, illa tamen verior nobis visa est, ac magis communis sententia, vt si Princeps inferior non habeat ex priuilegio, vel ex consuetudine ius istud ac potestatem, nequaquam imponere subditis collectam possit. Ita probat textus *in l. 1. C. de superindicto lib 10. ibi Nisi eam nostra confirmat auctoritas iudicio, & imperialibus nixam præceptis, sidu amplissima deposcat indictio, & cogat exactio.* Atque ita docent Baldus *in leg. cum multa. in fine. C. de bonis quæ liber.* Bartolus *in dict. leg. 1. C. de superindicto. lib. 10. & in leg. 1. in fine. C. de excusat. mun. lib. 10.* Idem probat tex. *in l. 1 & 2. & vlt. C. vectig. noua imponi nõ posse.* vbi Saly. id notat. Idem tradit Lucas de Peña *in l. contra. nu. 3. 4. C. de re milit. li. 12.* Alex. *in cons. 145. quoniam abunde lib 2* Corne. *in cons. 199. lib. 1. & 268. lib. 4.* Dec. *in cons. 199* Bertachinus *tract. de Gabellis in 1. part. q. 2. & 3.* Iacob. de S. Georg. *tracta de Homagiis sub n. 52.* Socin. iun. *in cons. 1. nu. 1. vers. & quod isti inferiores. lib 3. & in cons. 98. num 15 eodem libro.*

Altera est ratio, quia vt supremi etiam Principes imponere possint subditis suis collectas, duo † con- 7
currere debent. Primum quod causa sit necessaria & iusta. Secundo vt de suo proprio non habeant, vnde occurrenti necessitati succurrere possint. Ita Guido Papæ *decis. 551. num. 11. & singul. 13.* Crauetta *in cons. 308. num. 2.* Neuizan. *in cons. 66. numer. 1.* Socinus iunior *dict. cons. 98 num. 10 11. lib. 3.* Idem late respondit Alciatus *in cons. 161. numer. 12.* refert & sequitur Menoch. *in cons. 75. num. 86 lib. 1.*

Neque hoc in casu standum est assertioni ipsius Principis dicentis, iustam esse † causam, & se non ha- 8
bere de suo: cum ex assertione huiusmodi ipse Princeps commodum sentiat, subditi vero incõmodum, vt tradit Oldrad. *in cons. 258.* Isernia *c. 1. tit. qui suc. tene.* vbi etiam Affl. *nu. 69.* Facit pro hac sententia regula *l. omnib. C. de testib.* & tradita in proposito per Menoch. *de arbitr. iud. casu 181. num 5.*

Secundũ vero quod diximus, nempe dato, quod Princ. W. imponere potuerit collectas ciuitati B. eo tẽpore, quo erat sub illius ditione, cũ tamen restituta fuerit

fuerit illustriss. D. Marchioni, nec amplius ad ipsum W. Principem pertineat, immunem esse ac liberam à solutione collectarum, duplici ex capite probamus.

Primo, quoniam quicquid Doctores aliqui dixerint, hæc est vera sententia, & frequentioribus suffra-
9 giis approbata, foréses † & nõ subditos collectis grauari non posse, ratione bonorum, quæ habẽt in alieno territorio, ita probat textus *in l. rescripto. §. vlt. ff. de muneris. & honorib.* vbi Bart. notat, & idem Bart. *in l. libertus. §. sola ff. ad municip.* Salycet. *in l. neminem num. 2. C de sacrosanct. eccles.* Corne. *in cons. 199. nu. 11. lib. 1.* Alex. *in consil. 52. lib. 5.* Decius *in consil. 307. num 8 & 285. n 4.* Socinus iun. *in consil. 49. num. 28. lib. 1.* alios citat Ant. Gabr. *commun. concl. tit. de iure immunitatis. concl. 2.* quibus addi possunt Neuiz. *consil. 66.* Tobias Noni. *cons. 45.* Francisc. Becius *consil. 73. nu. 90.* Cephal. *consil. 317. num. 24 lib. 3.* Hippol. Rimin. *cons. 25. n. 12. lib. 1.* Bursat. *consil. 16. num. 31. lib. 1.* Andr. Gail. *lib. 2. pract. obseruat. cap. 52 num. 12.*

Secundo quoniam in facto præsupponitur Ciuitatem B. solitam fuisse D. Marchioni aliquid soluere pro huiusmodi prædiis in territorio Principis W. sitis, quemadmodum ab ipso D. Marchione Domino eorum de iure steuras exigi potuisse ratione huiusmodi prædiorũ in territorio Principis W. positorum clare constat ex traditis Alexan. *consil. 78. lib. 6.* Deci. *in consil. 694. num. 10.* Andr. Gail. *lib. 2. pract. obseruat. c. 53. num 10.* Cum ergo collectarum onus in loco originis
10 subirent iniquum est, vt † & in loco, vbi sita sint bona iterum grauarentur Gl. *in l. vnic. 4. C. de mulierib. & in quo loco. lib. 10.* Federicus Senen. *consil. 151.* Socinus senior *in consil. 302 lib.* ..Socinus iunior *in consil. 98 num. 26. Lib. 3.* Ægidius Bossius *pract. crimin. tit. de Princ. num. 115.* Rolan. à Vall *cons. 1 n. 23. lib. 2.* Andr. Gail *loco proxime citato.* Menoch. *in cons. 75. n. 9.*

Non obstant in contrarium adducta. Nam quod attinet ad primum licet aliqui Dd. in ea fuerint opinione; vt superiores Principes imponere possint subditis suis collectas, ea tamen opinio nullo iure probatur Et ei aduersatur text. *in d. l. 1 C. de s. perindicto lib. 10.* Aduersaturque magis communis Dd. sententia, *vt patet ex allegatis supra.* à qua quidem communi non est recedendum in iudicando, & consulendo, secundum regulas vulg.

Respondemus secũdo, dato, quod inferiores Principes vel de iure, vel de consuetudine, vel ex aliquo priuilegio collectas imponere possint eorum subditis, id tamen intelligitur dummodo causa sit iusta, & necessaria, & non habeant de suo, vnde prouidere queant, vt supra dictum & probatum est, quæ duo requisita, in proposito casu, non putamus probata esse, aut probari posse.

Ad secundum vero argumentum, quo dicebatur forensibus collectas imponi posse ratione bonorum. Respondemus hanc opinionem esse falsam & contra eam stare receptissimam sententiam quod forenses non possint grauari, vt late probant, & deducunt Dd. quos supra citauimus.

Non obstat, quod dicebatur de consuetudine. Quia ad hoc multipliciter responderi potest præsertim ex iis quæ tradunt Neuizan. & Nonius locis allegatis, sed illa vnica, & vera responsione contenti simus, nimirum allegatam consuetudinem esse in Italia, prout attestantur Bartol. & alii citati, quod vero sit in Germania, hoc non dicunt, ideo de loco ad
11 locum consuetudo † contra ius præsertim inducta porrigi non debet, secundum regulas vulgares, vt docet Neuizan. *d. consil. 66. num. 30.* Non obstant quæ dicit Andr. Gail. ita in † Camera Imperiali fuisse in 12
quadam causa iudicatum. Nam intelligi potest eius sententia in iis collectis, de quibus loquitur in tota illa obseruatione, nimirum in collectis Imperii. Et cum Andr. Gail. non attestatur ita generaliter in Camera iudicari solere, sed in quadam causa tantum ita iudicatum fuisse dicat, & nobis non constat qualis causa fuerit, & quæ in ea causa circumstantiæ fuerint, in eiusmodi assertione Gail. nullum fieri fundamentum solidum potest.

Non obstat, ꝙ dicebatur Principis decreto statui posse, vt forenses teneantur ad collectas; quoniam intelligi debet † de decreto generali, non autem par- 13
ticulari, respectu vnius causę sicut in casu nostro euenit, non enim aliquod extat generale Principis W. decretum. ita declarat Curtius iun. *in cons. 60. nu. 7.* Et hæc de prima dubitatione.

Secunda est dubitatio, vtrũ conuentus ille in Loicheheim B. sit præiudicialis. Respondemus secundum ea quæ proponuntur præiudicialem non esse. Proponitur enim in facto, in eo conuentu nihil effectum & conclusum fuisse, sed tantum illud à B. petitum ne B. plus nimio ipsos B. grauarent. Est enim explorati iuris tractatum habitum circa † aliquod ne- 14
gocium, & contractum nullum ius tribuere donec res ipsa firmata & approbata fuerit, *c. tua de his quæ fiũt à præla c. 1 de reb. eccl. nõ alien. lib. 6. l. si voluntate. C. de rescin. vend l si ex causa. § nunc videndum. in fin. ff. de mino.* Bald. *in l multum col. 2. C. si quis alteri vel sibi.* Alex. *in cons. 28. n. 4 & in cons. 18 n. 3. lib. 1.*

Sed dato quod aliquid in eo conuentu cõclusum fuisset, & quod exhibitis sententiis alias inter partes latis illi qui aderant pro B. nihil repugnassent, ac eiusmodi sententiis acquiescere visi essent, quod tamen in facto nobis non constat, nihil tamen hoc noceret B. Nam cum B. ius quæsitum esset, ex transactionibus postea securis inter eos & B. vt late inferius dicetur. Ad hoc, vt iuri quæsito ex huiusmodi transactionibus renunciare potuissent ii, qui pro B. aderant, mandatũ speciale requirebatur, ad renunciandum, quod quidem † mandatum speciale ad renuncian- 15
dum non habebant illi qui in conuentu aderant nomine B. quemadmodum in facto præsupponitur. textus *in l. contra iuris. §. si filius. ff. de pactis. in l. Imperatores. ff. eod. tit. l. si filius familias. in princ. ff. de donat. l. præses. C. de transact.* vbi Ias. *nu. 12. l. pactum curatoris.* vbi Bald. Ang. Salyc. & alii *C. eod.* Ruinus *in cons. 67. n. 9. lib. 5.* Crauetta *in cons. 45 nu. 8.* Menoch. *in cons. 80. num. 65. 66. lib. 1.* Andr. Gail *pract. obser. lib. 2. obser. 72. n. 13.*

Rursus erat necesse, vt qui aderant pro parte B. cognitas haberent transactiones, ꝙ dici non potest cum transactionum copia ipsis petentibus fuerit denegata Renunciatio † enim facta super iure non cognito 16
renuncianti non nocet, *l. mater decedens. ff. de inoffic. testam.* Tiraquel. late *in l. si vnquam in præfatione. n. 98. C. de reuoc. donat. & in tract. de retract. consang. §. 1. gl. 10. nu. 21.* Quod procedit etiam si iuramẽtum intercedat Crauetta *in cons. 237. n. 2.* Menoch. *in cons. 80. n. 70. lib. 1.*

Tertia est dubitatio, cum B. etiam post illum conuentum promiserint seruare transactiones, an non iudiciarius ille dies in Loicheheim & alia remedia corruant, & solis transactionibus standum sit.

Ne in re clara, inani disputatione immoremur. Respondemus cum B. post illum conuentum promiserint transactiones seruare, vltimam hãc promissionem attendendam esse, & per eam derogari omnib. iis, quæ in conuentu illo iudiciali acta sunt, aliisque

remediis, quib. B initui possunt. Est .n. trita admodũ
17 in iure regula, posteriores pactiones † & promissiones prioribus conuentionibus derogare & solas obseruandas esse. *l. pacta nouissima. C. de pactis l. si vnus. §. pactus ne peteret. ff. eod. tit. l. cum in plures. §. locator horrei. ff. locati. l. 1. §. fin. ff. de stip. seruo.* Et idcirco in contractibus ac cõuentionibus, nõ est necesse apponere clausulam illam cassantes & irritantes omnem aliũ contractum, & conuentionem præcedentem, quia hæc clausula tacite intelligitur. *c. 1. ext. de transact.* quẽ textũ Bald. ibi notat & singularem dicit, sequitur Iason *in d. l. pacta nouissima. num. 3. C. de pactis.*

Ad quartam quæstionem descendimus, vtrum procedendum in hac causa sit, secundum transactiones, an vero secundum sententias latas.

Videbatur nobis prima fronte dicendũ, iudicandum ac procedendum esse secundum sententias, quemadmodum B putant, ac contendunt, non autem secundum transactiones, quemadmodum B. vellent, ac prætendunt.

Etenim vbicunque inter partes lata est sententia
18 quæ transiuit in rem iudicatã, nulla † scilicet interposita appellatione vt in casu nostro transactio postmodum fieri non potest. *l. post rem iudicatã ff. de transact. l. si causa cognita. C. eod.* late Ruinus *cons. 67 lib. 5.* Mynsigerus *obser. Cam. Imper. cent. 4. obser. 27.* Ioan. Cæphal. *cons. 517. nu. 56. lib. 4.* si transactio fieri non potest, ergo & si fiat non illa attendenda est, sed sententia & res iudicata.

Secundo quia in literis transactionis tertiæ anno 1540. celebratæ, & in aliis quoque præcedentibus transactionibus hoc capitulum inter cętera continetur: præterea omnino constitutum est vt transactionum vel sententiarum literæ per Principis W. præfectum & iudices inter partes factæ & traditæ, casu quo steuræ prouinciales finirentur, immutatæ & omnino validæ manere debeant.

Finitis ergo steuris prouincialibus, videtur esse in B. electione, vt procedatur vel secundum sententias latas, vel secundum transactiones celebratas. Cum enim B ipsi exigant collectas, & steuras, & B. debi-
19 tores sint, in † alternatiua huiusmodi plurium remediorum electio est creditoris, non autem debitoris Bartol. *in l. quamvis. per illum tex. ff. de pig. actio.* Paul. Castr. & Alex. *in l. 4. §. si ex conuentione. ff. de re iud. & in l. cum proponas. in fin. C. de transact.* Bald. *in l. vlt. col. vlt. C. de pet. hered.* Verum istis non obstantibus contrariã sententiam in casu isto ex infrascriptis veriorem, & iustitiæ magis consentaneam, amplexi sumus. nimirum procedendum esse secundum transactiones.

Mouet nos vera & indubitata conclusio quæ habet, per transactionẽ extingui omnia iura partium ex
20 instrumentis vel aliter competentia, & solis † transactionibus standum esse, tex. *in c. 1. de transact.* quem notant Bald. *ibi*, & alii doct. vt refert Cæphalus *in cõs. 531. n. 16. lib. 5.* & Iosephus Ludou *decis. Perusi. 18. n. 48.*

Quod autem in casu nostro transactiones etiam post rem iudicatam fieri potuerint ac subsistant pro-
21 batur. Vbicunque inter partes etiam post rem † iudicatam lis esse potest, transigi etiam potest, vt habetur *in d. l. post rem iudicatam. ff. de transactio. in l. eleganter. §. si post rem iudicatam. ff. de cond. indebiti.* & vtrobique doct. maxime Iason notant. Sed inter B. & B. maximæ lites post sententiam ortæ sunt, vt in facto narratur, propter quas plures sententiæ diuersis temporibus, & plures transactiones celebratæ sunt. Igitur transactiones fieri potuerunt.

Confirmatur hæc sententia, quia post sententias latas semper inter partes ortæ sunt nouæ lites, & contentiones super modo & quantitate collectarum & impositionum, semper enim B. augebant taxatam quantitatem, & modum excedebant, propter quem excessum fuit etiam inter partes lis agitata, quemadmodum narratur in secundæ transactionis literis, ac in fauorem B. aliquando iudicatum. Et ad tertiam transactionem ventũ est ob nouam similiter ac immoderatam exactionem qua grauabatur B. interponentibus sese pro transactione & concordia amborum ciuitatum præfectis.

Cum ergo nõ fuerint factæ transactiones super iis quæ definita erant per sententias, sed super nouis emergentibus ac nouis contentionibus, dubiis, ac litibus inter partes ortis, sequitur, vt re iudicata non obstante fieri potuerint. Super iudicato enim transigi iura vetant. *vt d. l. si causa cognita C. de transactionib.* non autem super his quæ non sunt iudicata. Et hoc notissimi iuris est, *& probat totus titulus ff. & Cod. de transact.* dum semper id pręsupponitur, transactiones fieri posse vbi lis est inter aliquos, vel esse potest *l. 1. ff. eod.* etiã de facto. *l. 2. C. eod.* vbi *omnes notant. cum vulg.*

Quibus ad contraria patet clara responsio. Quod enim dicebatur transigi non posse post rem iudicatam intelligi debet, † quando lis esse non potest. *vt in* 22
d. l. post rem iudicatam. Item quando super iudicato transigitur. *vt in d. l. si causa cognita.* At in casu isto, & lites post rẽ iudicatã ortæ sunt & transactiones initæ, non super iudicato, sed super nouis litibus. ergo, &c.

Non obstat secundum argumentum, ex verbis transactionũ sumptum, quia duobus modis respondemus. Primo verba illa transactionũ quib. dicitur. *Denique constitutum est inter partes, vt transactionum vel sententiarum litera omnino valide maneant,* ita esse intelligenda, ne contineant absurdum aliquod vel repugnantiam, ita enim verba regulariter † interpretari 23
debent, vt late ostendit Deci. & Cagno. *in l. vbi repugnantia. ff. de reg. iur.* & Menochius *in commentariis de arbitr. iud. casu 199. num. 8. 23.* Non continent autem vllam repugnantiam aut absurditatem, si ita interpretemur illa verba, nimirum vt transactiones vel sententiæ omnino valeant, scilicet in casibus in quibus transactiones loquuntur, illæ præualeant & obseruẽtur, *iuxta c. 1. de transa.* & supra latius deducta, quibus ostendimus transactionib. derogatum esse omnibus iurib. partium. In casibus autem in quibus transactiones non loquuntur, & per eas non est prouisum & conuentum inter partes, sententiæ latæ valeant, & obseruentur. At si aliter interpretemur, nimirum vt vel transactiones vel sententiæ omnibus in casibus absolute seruentur, continent repugnãtiam: aliquando enim transactiones aliquid mãdant, cuius contrarium sententiæ cõtinent, ergo &c.

Respondemus secundo, & si ita verba intelligi deberent, vt literæ transactionum vel sententiarum absolute attendantur, in eiusmodi alternatiua electionem pertinere ad debitorem & sic ad B. Est enim in alternatiuis electio debitoris. *c. in alternatiuis. de reg. iur. lib. 6. l. plerunque. §. fin. ff. de iure dotium cum vulg.*

Non obstat ꝙ dicebatur in alternatiua † remedio- 24
rum electionẽ esse creditoris, quia id procedit quando vnum est in obligatione, alterum vero pro maiori cautela debitoris adiectum, vt explicant doctores allegati, & clare dẽmõstrat Nicol. Euera. *in loco ab alternatiu.* vbi exempla affert, sed in ꝓposito casu aliud est dicendum, est .n. vtrũq; in obligatione principaliter, vt literæ scilicet transactionum vel sentẽtiarum seruentur, electio ergo est B Et hæc de 4. quæstione.

Quod

Quod attinet ad quintam, an non iudicia ſeu ſententiæ inter partes latę, per tranſactiones limitentur, ita, vt non plus ſoluere teneantur B. quam vnum florenum cum dimidio, quoties B. centum ſoluunt.

Reſpondemus breuiter hanc quæſtionē ſatis clare definitam eſſe ex vltimæ tranſactionis literis anno 1540. celebratæ. Dicitur enim in dictis literis: *Quod ſi etiam in poſterum aliæ ſteuræ, æſtimationes, & grauamina, quocunque nomine appellata orirentur, tunc quoties B. centum florenos ſoluerent, B. ipſi ſoluere tenerentur vnum florenum cum dimidio.*

Itaque dicimus ex huiuſmodi verbis, ſententias inter partes latas limitari, ita, vt eueniente caſu qui expreſſus eſt, nimirum, ſi aliæ ſteuræ, æſtimationes, & grauamina quocunque nomine appellata oriantur, tunc quoties B. centum florenos ſoluent, B. teneantur ſoluere vnum florenum cum dimidio.

Et ſi dicatur ſententias latas inter partes limitari non poſſe eo in caſu, cum in eadem tranſactione ita ſit conſtitutum, vt ſententiarum literæ inter partes immutatæ, & omnino validæ manere debeant. Si enim immutatæ manere debent, ergo limitari per illa verba non poſſunt.

Ad hoc reſpondemus, clauſulam illam generalem, qua cōuentum extitit, vt ſententiarū literæ immutatæ maneant, non eſſe referendam ad ea quæ ſpecialiter conſtituta inter partes ſunt, veluti eſt illud, vt ſi aliæ ſteurę, æſtimationes & grauamina quocunq; nomine appellata orirērur, quoties B. centum florenos ſoluerent, tunc B. vnum ſoluere deberent cum dimidio. Clauſula enim generalis non refertur 25 ad † ſpecificata. *l. doli clauſula. ff. de verb. oblig.* Alexand. late *in conſ. 11. col. 2. lib. 2.*

Item reſpondemus dictam clauſulam intelligendam eſſe, vt ſupra diximus in præcedenti quæſtione nimirum in caſibus in quibus deficiunt tranſactiones, ſeruandas eſſe ſententias, & denique vel ſententias obſeruandas eſſe, vel tranſactiones, prout B. maluerint [illegible], quæ ſupra dicta ſunt, & adducta.

Sexta eſt quæſtio, an non, licet ſcriba in ſcribendis literis tranſactionis errauerit, ea tamen fuerit partium intentio, vt pro euitandis litibus, ſingulis annis, creſcentibus, B. ſingulo anno vnum florenum cum dimidio ſoluerent, quoties B. centum numerarent.

26 Reſpondemus errorem quidem † notarii, ſeu ſcribæ, partibus non obeſſe, vt inquit text. *l. ſi librarius. ff. de reg. iur & in l. Imperator. ff. de ſtatu homi.* ex quo proditum eſt illud, quod ſi notarius dicat patrem fillo reliquiſſe iure reſtitutionis, cum deberet dicere iure inſtitutionis, vel pro falcidia, cum deberet dicere pro legitima aut in renunciatione Velleiani à muliere facta dixerit, Valeriani ſeu in conſtitutione procuratoris vſus fuerit verbo ſubſtitutionis, tales errores nihil noceant, vt tradunt Bald. & Ang *in d. l. Imperator.* Felin. *in c. ad audientiam. de reſcrip.*

Cæterum hæc procedunt quando de errore con-27 ſtat, qui in dubio † non præſumitur, vt tradit Deci *in d. l. ſi librarius. ff. de reg. iur* & Cagnol. *ibidem latius. nu* 8. vbi post Caſtr & alios dicit, ſi de errore non conſtet, ſtandum eſſe verbis ſcripturæ, *per l. ſi alii. ff. de vſufr. leg.* quia talis præſumitur intentio, qualem verba declarant *l. Labeo. ff de ſup. leg. l. non aliter. ff. de leg. 3.*

Niſi ergo in caſu noſtro B. probent & hæc errorem ſcribæ, dicimus verbis tranſactionis ſtandum eſſe In qua quidem tranſactione, vltima tria (quod ad rem noſtram pertinet) continētur. Primum, vt B ſoluant ſteuras ſingulis annis lib. 7. & 4. ſolidos, pro ſteuris prouincialibus. Secundum, vt ſi cōtingeret ſteuras prouinciales extingui, B. non teneantur ſoluere, niſi quantum ipſis à B. ſecundum æquitatem iniungetur ſoluendum, & ſecundum illorum omnium taxationem proportionabiliter. Tertium, vt ſi in poſterum aliæ ſteuræ, æſtimationes & grauamina quocunque nomine appellata orirentur, tunc quoties B. 100. flo. ſoluerent, B. tenerētur ipſis ſoluere vnum florenum cum dimidio, ſalua tamen interim manente ſteura lib. 7. & 4. ſolid.

Ex his patet euidenter ad tria obligatos eſſe B. Primo ad lib. 7. & 4. ſolidos pro ſteuris prouincialibus. Secundo, finitis ſteuris prouincialibus ad ſoluendas ſteuras quæ ſecundum æquitatem imponentur eis à B. Tertio, ſi nouæ impoſitiones & grauamina oriantur ad ſoluendum florenum cum dimidio B. quoties ipſi centum ſoluent.

Nec B. illud ſuffragari poteſt, quod niſi ea fuiſſet intentio, vt tantummodo ſoluerent florenum cum dimidio, quoties B. 100 ſoluerent potuiſſet ſtari iudiciis ſiue ſententiis, nec opus fuiſſet tranſactionibus. Et quod B. ipſi literis eorum dixerint nō in plus teneri B. quam ad ſoluendum florenum cum dimidio, quoties B. 100. ſoluent.

Quia quod attinet ad primum, cum in verbis non eſt vlla ambiguitas fieri non poteſt voluntatis quæſtio *l. ille aut ille §. cum in verbis ff. de leg. 3.* & in claris non eſt opus coniecturis *l. continuus. ff. de verborum obligationib.* Verba autem tranſactionis in præmiſſis clara eſſe conſtat.

Quod autem ad ſecundum, in eo fundamentum fieri non poteſt quod in literis ſcriptum dicitur à B. quia ipſi ſemper poterunt dicere, ſe id ita intelligere, quemadmodum in literis tranſactionis continetur, vt ſcilicet non in plus B. teneantur, quam, vt ſoluant florenum vnum cum dimidio, quoties ipſi B. centum ſoluent, pro futuris ſcilicet, & nouiter oriendis grauaminibus & ſteuris Erronea enim † aſ- 28 ſertio non attenditur, & veritatem non immutat, *auth ſi quis in aliquo. C. de eden l. cum falſa. C. de iuris & fac. igno.* Crauetta *conſil. 157 num. 8.* Menoch. *conſ. 86. num. 94. lib. 1.* & de ſexto dubio hactenus.

Septima eſt quæſtio an tranſactiones factæ firmæ ſint, & quomodo intelligendæ.

Qua in re prætermiſſis argumentis hinc inde, & vt decet rem ipſam aggrediendo reſpondemus tranſactiones initas firmas & validas eſſe, ſiue inſpiciamus perſonas quæ tranſegerunt ſiue actum ipſum tranſigendi ſiue in tranſactionib. ipſis contenta & conuenta inter partes.

Quod enim attinet ad perſonas tranſigentiū conſtat ex literis tranſactionum, conſules vtriuſque ciuitatis, tranſactiones iſtas iniiſſe, iuris autem explorati eſt huiuſmodi † adminiſtratores ciuitatis & decurio- 29 nes ciuitatis, tranſigere poſſe, cum à lege cenſeantur habere mandatum generale cum libera, vnde omnia expedite poſſunt quæ mandatum etiam ſpeciale requirunt. *text. in l. præſes. C. de tranſact.* vbi Iaſon *num. 7.* Neuizan. *in conſil 66. n. 19.* Andr. Gail. *lib. 2. pract. obſer. c. 71. num. 11. 12. 13.*

Quod reſpectu tranſactionis vltimæ magis clare conſtat cum ad eam acceſſerit Principis vtriuſque ciuitatis confirmatio per legatos ad id ſpecialiter miſſos facta, vt in literis ipſius tranſactionis habetur. Quo fit, vt de inualiditate ipſius dici non poſſit ad tradita *in c. 1. de confir. vtili vel inutili.* Panot. *in c. ea quæ de ſent. & re iud. num. 3.*

Quantum vero ad tranſactiones ipſas, conſtat ſimili-

30 similiter eas habere sua † requisita & substantialia cum de re dubia & lite incerta factæ fuerint *l. 1. ff. de transact. l. 2. C. eod.* & ad euitãdas ipsas lites inter partes ortas, & sic ex causa longe fauorabili, vt per Tob. Nonium in terminis *cons. 42. n. 9.*

Et cum à tempore ipsarum trãsactionum lapsum iam sit tempus longissimum omnia præsumũtur so-
31 lenniter † acta & in actu interuenisse omnia necessaria Bart. *in l. qui aluna. §. 1. ff. de acq. hered.* Ang. ibi, *& in l. si ita dum ff de verb. oblig.* vbi Alex. *col. 5. vers. item fallit.* & in aliis locis relatis per Crottum *cons. 5. n. 14* Deci. *cons. 222. n. 9. & 275. n. 3* Ruin. *cons. 26. n. 3. & 217. n. 6. lib. 1. & 66. n. 4. lib. 5.* Crau. *de antiqui. tempo. 3 part. n. 1. vers. primus casus est.* Ceph. *cons. 316. n. 37. lib. 3.*

Denique quod attinet ad ea quæ in transactionibus continentur, cum de modo collectarum & steu-
32 rarum conuentiones initæ fuerint, nulli † dubium esse potest quin valeant in terminis. Neuizan. *cons. 66.* & Tob. Noni. *cons. 45.* Menoch. *cons. 28. n. 33. lib. 1.*

Nec prædictis obstat si diceretur trãsactiones fieri non potuisse, & factas non valere, post rem iudicatam, *l. post rẽ iudicatam. ff. de transact.* Quoniam ad hoc responsio patet ex his quæ supra diximus in quarta dubitatione.

Minus hoc in casu difficultas illa locũ habere potest, vtrum vniuersitas transigendo seu paciscendo
33 possit alicui immunitaté concedere collectarum † & immunitatem concessam reuocare iuxta notata *in l. 2 ff de iure immunit.* per Bartol. *& in l. immunitates, C. de agric. & cens. lib. 11.* de quo late per Neuiza. & Nonium *consiliis allegatis.* & latius *decis. Pedem. 95.* quia in iis pactionibus & transactionibus non continetur priuilegium aliquod seu cõcessio immunitatis à solutione collectarum, sed conuentiones & pacta sunt de modo & ratione ipsarum collectarum soluendarum, quę haud dubie valere debẽt, vt notatur per Bart. *in l. vlt. C de anno. & trib lib. 11. in l. ambitiosa. n. 22. ff. de decret. ab ord fa.* Roman. *cons. 198.* alios citat Osasc. *decis. 91. n. 8.* transactiones istæ cõtinent aliquam alienationem rerum alicuius ex istis ciuitatibus, vt dicere quis possit omnia requisita in alienationibus rerum ad ciuitatem pertinentium non interuenisse *iuxta nota. in l. 2. C. de vendendis reb. ciuitatis.* & Menoch. *cons. 80. n. 12. lib. 1.* Non enim hic aliquid alienatum fuit, aut remissum. Quare res nobis luce clarior visa est, & ideo validas & firmas esse transactiones concludimus, nulla vel in contrarium probabili dubitatione sese nobis offerente.

Quomodo vero sint intelligẽdæ transactiones ex iam dictis in superiorib. quæstionibus magna ex parte liquere credimus, vt tamen & hac in parte interroganti respondeamus; dicimus earum transactionum sensum & intellectum (quod ad rem ꝓpositam attinet) hunc esse. Primo, vt ratione steurarum prouincialium & aliorũ grauaminum vsq; ad annum 1527. B. teneantur B. soluere in annos singulos lib. 7. & 4. solidos.

Secundo, vt extinctis steuris prouincialibus B. non teneantur amplius ad soluendas dictas libras 7. solid. 4. sed ad id soluendum quod eis à B. secundũ æquitatem imponetur, & iuxta proportionem quantitatis quam ipsi soluunt.

Itaque extinctis prouincialibus steuris, non erit in potestate B. imponere B. summã steurarum arbitrio suo sed moderate & iuxta æquitaté iniungi poterũt, habita ratione quantitatis quam ipsi B. soluent, non enim æquum est, vt plus à B exigant quã ipsi soluere coguntur, aut, vt tantum quantum soluunt exigere à B. velint, sed res erit taxanda & moderanda ex æquitate & erit facienda distributio collectarũ per æs & libram † secundũ quantitatem bonorum quæ vnusquisque possidet æqualiter, ita vt vnusquisque pos- 34
sidens pro rata suum onus portet *l. indictiones. C. de anno. & trib. lib. 10. l. in fraudem. C. eod. l. omnes. C. de ope. publ.* Ancharan. *consil. 389. colum. 2.* Franc. Beci. *cons. 73. num. 4.* vbi quod non potest fieri pactum in contrarium. Et quod collectarum impositio fieri debeat per æs & libram late probat Roland. à Valle *in cons. 66. n. 15. 16. lib. 1.* Bart. *l. 4 § actor ff. de re iud.* Purpur. *cons. 489. num. 5. l. 2.* & Ripa *in d. l. 4. nu. 32. ff. de re iud.* Menoch. *cons. 9. n. 16. lib. 1.* Crauetta *cons. 195. num. 1.* Quod si B. ipsi nihil collectarum soluant nullaque necessitas eos vrgeat non poterunt aliquam steuram imponere B. Non enim æquitas id permittit. Item si quid collectarum imponent, necessitate iusta id suadente, æquitate attenta erit impositio faciẽda, per æs & libram & iuxta proportionem quam ipsi B. soluunt, vt supra dictum est, non autem pro libidine B.

Tertio sensus trãsactionum est, vt pro futuris grauaminibus quoties B. centum florenos soluent, tunc & B. soluere teneantur vnum florenum cum dimidio, salua tamen interim manente steura librarum 7. solid. 2. pro steuris prouincialibus.

Itaque si finitis steuris prouincialibus aliæ steuræ, collectæ, grauaminaue imponantur B. à Principe W. quocunque nomine nuncupentur, tenentur B. contribuere eo modo quo dictum est, nimirũ florenum cum dimidio quoties 100. flor. soluent ipsi B.

Interim autem durantibus steuris prouincialibus durare debet obligatio soluendi, lib. 7. solid 2. quia verba illa transactionis salua interim manente steura lib. 7. solid. 2 modificant † totam cõuentionem, ac 35
dispositionem inter partes factam circa huiusmodi solutionem librarum septem solid. 2. conseruant, ad tradita per Parisium *in consil. 70 n. 13. 27. lib. 3.* Ceph. *consil. 46. num. 49. lib. 1. & 296. nu. 20. lib. 2* Socin. iun. *cons. 71. num. 19. lib. 3* Menoch. *consil. 38. nu. 26.* Hippol. Rimin. *cons. 263. num 56. lib. 3.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Ad instantiam Serenissimi vtriusque B. Ducis.

ARGVMENTVM CONSILII XII.

Agitur de processu instituendo aduersus maleficas & sagas mulieres. De eis puniendis. De indiciis ad inquisitionem & ad torturam. Et multis aliis ad illud crimen pertinentibus.

SVMMARIA.

1 *Malefici puniendi.*
2 *Crimen maleficii est mixti fori.*
3 *Inquisitio generalis in crimine maleficii.*
4 *Inquisitio specialis in crimine maleficii.*
5 *Maleficium quo modo possit cognosci.*
6 *Indicia ad inquisitionem in crimine maleficii.*
7 *Indicia ad capturã leuiora sufficiũt in crimine maleficii.*
8 *Indicia ad torturã sufficientia quæ sint certa regula tradi non potest.*
9 *Index procliuior esse debet in torquendo reo in crimine maleficii.*
10 *Indicia ad torturam quæ sint in crimine maleficii.*
11 *De eodem.*

12 Indi-

11 *Indicium facit ad torturam res penes aliquem reperta.*
13 *Malefici quomodo deferri & capi debeant.*
14 *Malefici quomodo puniendi.*
15 *Defensiones dandæ reo in crimine maleficii.*
16 *Confessiones maleficorum non esse attendendas aliqui dixerunt, sed male.*
17 *Constare an debeat de corpore delicti in crimine male- (ficii.*
18 *Socius criminis quale faciat indicium in crimine maleficii.*
19 *Mulier admittitur ad testificandum in causis crimina-*
20 *Sexus iure canonico. (libus.*
21 *Iudex sæcularis potest cognoscere de crimine maleficii licet habeat adiunctam hæresim.*
22 *Renocatio confessionis socii criminis an sit attendenda.*
23 *Diffamatio an præcedere debeat in crimine maleficii.*
24 *Indicia & præsumptiones quando sufficiant ad condemnandum reum.*

Christo Iesu inuocato.

GRAVES sane & multum arduæ quæstiones iuris nobis sunt propositæ de maleficii crimine Propositum est enim nobis, vt disseramus de his omnib. diligenter de quibus in hoc flagitio puniendo sæcularis magistratus & iudex q̃rere, aut hæsitare possit. In primis vero cũ maleficos maxime puniendos esse iudicauerimus, quibus modis institui inquisitionem oporteat. Quomodo maleficiũ cognosci possit. Quę indicia ad carcerẽ sufficiant, & ad tormẽta. Quomodo & quando malefici deferri, capi & puniri debeãt. Et breuiter quis sit seruãdus circa totum hoc crimen processus. Ad quas quidẽ quæstiones ea maiore qua poterimus diligentia & prolixitate in sũma temporis angustia respondebimus, atq; ordine eodẽ quo sunt ꝓpositæ, præterquam ad primam quæstionẽ qua generatim disserere iubemur de iis super quibus magistratus sęcularis ac iudex quærere ac hæsitare possit. Hanc enim in postremum locum coniiciemus eo ꝙ quæ super aliis dicentur declarare valeat, eaq; quodammodo supponere videatur. Quod igitur attinet ad primam quæstionẽ non dubitamus quin crimen
1 istud puniri debeat, si quidem † cõtra maleficos clamat Dominus *exod* 22. Maleficos non patieris viuere. Appellanturq; cõmunis salutis hostes ab Imperatore, *in l. vlt. C. de malef. & math.* Vnde & pœnæ grauissimæ in eos sunt statutæ omni iure tum canonico tum ciuili, de quib suo loco dicemus. Et quidem à sęculari magistratu puniri posse ac debere, sicut & ab ec-
2 clesiastico putamus cum † crimẽ sit mixti fori vt tradunt Abbas, Marianus, Socinus, & alii *in c. 1. de sortileg.* Iulius Clar. *in pract. crim. § hæresis vers. successiue quæro & alii.* Duobus autẽ modis inquisitionem institui posse arbitramur qui eliciuntur *ex malleo malef. in 3. parte*
3 *q. 1.* Primo vt magistratus † edictum publice proponat, quo mandet omnib sublatis sub certa pœna, vt quicunq; scit, vidit, vel audiuit personã aliquam esse maleficam, diffamatam vel suspectã de hoc crimine, illam reuelare ac denũciare debeat intra certũ tem-
4 pus. Secundo vt specialiter † inquirat contra personas contra quas legitima sunt indicia. Modus autem inquisitionis seu forma eadẽ esse poterit in hoc crimine, quæ in cęteris criminibus est consueta, de qua per Ang. Aretinum *in tract. de maleficiis.* Ægid. Bossi. Iul Clar. & alios, & nouissime per Prosper. Farinac. *in suis quæstionib. & commu. opinionib. criminalib. q. 1. & 2. cum sequentib. multis.* Quæ autem sint indicia legitima ad formandam inquisitionem in tertia quæstione dicemus.

Secunda quæstio sequitur: quomodo maleficium cognosci possit. Respondemus homines maleficos vt omnes docẽt qui de hac materia scripserunt consueuisse diabolo se dedere ac dedicare, tacita vel expressa professione, & dæmonis instinctu multa ac nefanda perpetrare, nocere hominibus, iumentis, agris, & toti reipublicæ multa inferre mala. Vnde aliquem esse maleficum cognosci poterit.

Primo ex † confessione ipsiusmet attestantis se 5
prædicta fecisse, aut aliqua eorum.

Secundo per confessiones aliorum qui eiusdem delicti sunt consortes, & qui alios nominant.

Tertio si Chirographum aliquod reperiatur penes aliquam personam manu eius atque ab ea recognitum quo se dæmoni dedicasse abiecta Christi fide profiteatur, aut stigmate quodam insignita sit, quo solent maleficę esse inustæ.

Quarto si penes aliquem reperiantur aliqua venena, hostiæ, buffones, membra humana, imagines cereæ, quæ acubus transfixæ sint.

Quinto si dæmonem inuocare solere conuincantur, si minata fuerit mulier alicui malum, & deinde quis reperiatur morbo ac fascinatione correptus.

Sexto si testes aliqui sint contra aliquem testificantes, quod viderint eum veneno lenire animalia, quæ postea mortua reperta sint, aut infantes, aut alios.

Habentur hęc postrema apud Modernum *de Magorum Monomantia lib. 4. cap. 2.* Quæ vero diximus de confessionibus ipsorum, & de his qui & de se & de aliis confitentur habentur apud alios, præsertim apud Bernardum Spinam *in tract. a. de strigibus.* & apud Petrum Binsfeldium Suffraganeum Treuirensem *in tract. de confessionibus maleficorum* de quibus aliqua inferius dicenda erunt. His signis & argumentis quibus maleficium in lucẽ prodire solet multa alia adiungere prudens ac diligẽs magistratus poterit, præsertim vero ex processibus contra maleficos in Germania institutis, & ex malleo maleficarum *parte 3.*

Quæ autem indicia ad carcerem & tormenta sufficiant, quæ tertia est ordine quęstio, sequitur vt videamus. Hic autem & quę indicia sint ad inquisitionem legitima dicemus, quo melius omnia intelligantur. Indicia igitur ad inquisitionem legitima ac sufficientia existimamus inter cætera hæc fore.

Primo si † apud aliquem reperta sint ea quæ pro- 6
xime diximus.

Secundo depositio ac nominatio consortis eiusdem criminis in tormentis confirmata.

Tertio infamia quæ nõ à maleuolis & inimicis originem habuerit.

Quarto denunciatio facta ab aliquo fide digno contra aliquam personam.

Quinto querela partis offensæ, & damnum vel iniuriam passæ.

Sexto confessio extra iudicium facta.

Septimo omnia alia indicia quæ regulariter in aliis criminib. viam iudici aperiunt ad inquirendum contra aliquem, quæ omnia passim habentur apud rerum criminalium authores & scriptores, pręsertim apud Iulium Clar. *in § fi. q. 6. cum multis sequentib.* Hæc
eadem & etiam † aliquanto leuiora sufficere pote- 7
runt ad capturam, ex traditis ab Ægidio Bossio *in tit. de captura numer. 1. cum sequentib.* Blancho *in practi. criminali. § his sic præmissis. numer. 26.* Sed melius ac luculentius apud supra citatum Prosper. Farinacium *communium opinion. criminal. quæstion. 27. à nu. 117. vsque ad num. 133.*

8 Ad torturam autem quæ sint indicia † sufficientia, doctores dicũt vniuersale aliquid tradi nõ posse propter casuum & personarum diuersitatem vt Bart. *in l. vlt. ff. de quæst.* Salic. *in l. vlt. C. eod.* & alii passim: tres tamen proponemus regulas quæ ordinarie obseruandæ sunt. Prima est omnia indicia quæ ad torturam regulariter sufficiunt in aliis criminibus, multo magis in hoc crimine quod & difficilimę probationis est, & grauissimũ perniciosissimumq; sufficient. Est enim communis doctorum sententia in eiusmodi delictis quæ difficulter probari possunt promptiorem † esse iudicem oportere quam in aliis criminibus, ad subiiciendum reum torturæ quod late docet Brunus *in tractat. de indiciis & tortura. 2. parte. q.* 8. *num.* 2. Clarus *in pract. sua quæst.* 64. *vers. & ideo.* Itaque mala fama in hoc genere delicti, rei inquisiti, mendacia, vacillationes, trepidationes, & alia aut simul iuncta omnia aut etiam nõ omnia simul iuncta, alias regulariter iudici præstant indiciũ ad torturã, in hoc crimine absque dubio sufficientia nobis esse videntur. Secunda regula attestatio & nominatio alicuius

10 facta ab vno qui eiusdem flagitii reus † est, & qui nõ solum de se cõfitetur, sed de aliis quoq;, vna cum aliquo alio adminiculo & indicio, puta diffamatione, mendacio inquisiti, aut alia suspicione, sufficiens erit indicium ad torturam, si modo ista confessio fue-

11 rit † in tormentis vel metu tormentorum confirmata, & nulla circumstantia grauis suadeat huic non esse fidem habendam, puta inimicitiæ, falsitatis manifestæ vel similis. Nam cum crimen istud sit vnum ex exceptis in quibus socius delicti potest interrogari de socio. *iuxta glo & alios in l. vlt. C. de malefi. & mat. & in l. vlt. C. de accusa.* consequens est, vt eius attestatio vna cum aliquo alio adminiculo sufficiat ad torturam, sicuti communis est doctorum sententia iuxta notata per Clarũ, *quæst. 11. vers. sed quid in criminibus exceptis.* & abũde tradit in specie ista Petrus Binsfeldius *in tractatu de confessionibus maleficorum. fol.* 102. Attestatio vero & confessio à duobus vel pluribus eiusdem delicti sociis facta de aliquo, in tormentis confirmata, vt supra absque aliis adminiculis & indiciis erit sufficiens ad torturam nisi tales essent inimici, aut alia grauis circumstantia suadeat non esse illis adhibendam fidem, vt supra. Ita docent Clarus *loco supra proxime citato, vers. sed pone quod non vnus tantum.* & Petrus Binsfeldius *loco citato. fol. sequenti vbi late.* Verum est quod is in fine postea videtur declarare hanc conclusionem, vt procedat quando socii qui de aliis confitentur sunt viri & non fœminæ, volens duos viros denunciantes sufficere, sed non duas mulieres, qua de re dicemus infra in vltima parte circa dubia quæ possunt iudicantib. oriri. Tertia regula si concurrat diffamatio vel aliud indicium, & simul reperta fuerint apud eum vel venena, vel hostiæ, vel buffones, vel alia quæ supra recensuimus, aut his similia proculdubio locus esse poterit tormentis, argumẽto eius quod dicitur de re furto sub-

12 tracta penes aliquem † reperta qui sit malæ famæ, id scilicet indicium esse ad tormẽta sufficiens, sicuti ex communi docet Clarus *quæst. 21. in fine.* Item argumento eius quod in proposito respõdit Simon Prætus *in cons. 105. num. 1.* & hęc de tertia quęstione.

Quarta est quæstio quomodo & quando malefici deferri, capi & puniri debeant. Ad primum mem-

13 brum quomodo deferri debeant. † Respondemus deferri posse apud iudices deputatos & competentes notario delationem scribente apud acta fideliter & diligenter & in præsentia etiam duorum testium fide dignorum qui nomina deferentium reticere debent & nemini publicare, sicut fit in causis grauissimis quales proculdubio hæ causæ criminales maleficii sunt. Ad secundum membrum quomodo & quando capi debeant. Respondemus eos statim esse capiendos cum primum indicia sunt legitima capiendi, & eo modo quo alii capiuntur, non enim placet nobis sicut nec authori supra dicto Petro Binsfeldio *in dicto tract. de confessionib. maleficorum. fol.* 39. quorundam superstitio qui circa eiusmodi reos in eo maxime sunt solliciti, vt capiant maleficos dum in lecto iacent aut vt non tangant terram, quia experientia comprobatum sit, eosdem cum primum capiuntur à ministris iustitiæ & magistratus magnopere consternari, & totam artem diabolicam cessare. Suadent tamen aliqui doctores, eos statim atque capti sunt examinari, etiam antequam ducãtur ad carcerem, quia tunc melius veritas inuenitur, & indicia habeantur ex vultu & responsionibus ad interrogationes Et cum sunt examinati si fieri commode potest, docent eos non esse relinquendos solos in vno carcere, sed cum aliquo socio alterius criminis reo, quod tamen prudentiæ iudicis relinquendum putamus. Quomodo autem puniri debeant quod vltimum huius quæstionis est membrum, responde-

mus † modo solito & cõsueto, pœna scilicet mortis 14
iuxta l. nemo l. multi C. de malef. & mathe. Paul Grilan. *de sortileg. q.* 11. Menoc. *de arb. iudi. casu* 388. Idq; eo modo quo moris est in prouinciis B. vicinis. Quod vero scribit Prosper Farin. *comm. concl. & q. crimi. in quæst.* 20. *numer.* 89 hanc pœnam mortis consuetudine abrogatam esse, locũ habere potest in iis locis, in quib. ipse versatus est, in Germania enim consuetudo est iuri conformis, vt scilicet maleficus morte afficiatur. Et si quidem pœnitentiam agat non est comburendus viuus sed prius strangulandus, si vero sit impœnitens viuus comburitur. Rationem explicat author supradictus, *de confessionib. maleficorum. fol.* 170. ne scilicet in desperationem propter nimiũ dolorem inducatur pœnitens.

Quæritur postremo quis sit seruandus circa totũ hoc crimen processus. Ad quod respondemus eundem qui seruatur in similibus causis criminalibus in quibus de vita hominis & honore agitur. Dandasq;

defensiones † reis, audiendos aduocatos sicut in cę- 15
teris causis. Qua de re extant multa apud Malleum Maleficarum *in tertia parte.* vbi illud prudenter monet nomina testium cõtra reum testificantium non esse edenda reis & eorum aduocatis quando propter personarum potentiam imminere posset testibus aliquod periculum, quod si nullum sit periculum ea esse edenda sicut in aliis causis regulariter.

Non superest vt aliqua discutiamus super quibus hęsitare iudex & magistratus in hoc crimine cognoscendo vel puniendo possit, ea tantum breuiter attingemus quæ difficultatem aliquam habere videntur propter diuersitatem opinionũ, aut exorbitantiam à iuris regulis.

Prima itaque potest incidere dubitatio an inquisiti confessio legitime facta in iudicio ad condemna-

tionem eius sufficere debeat, sunt enim † authores 16
multi eiusmodi confessiones non esse attendendas, vt Io. Franciscus Ponginibius *in tractat. de lamiis.* Alciatus *parergon. lib. 8. c. 22. & alii.* Nos contra putamus ex communi & approbata sententia, confessiones istorum siue virorum siue mulierum attendendas esse, & in eis fundare se iudicem posse, ad puniendum reum sicuti latissime docent author supra-

dictus

dictus de confessionibus maleficorum, & Bernardus Spina *in tractatu de strigibus, & in Apologia aduersus Ponginibium*. Malleus maleficarum & alii. Itaque ex eo quod aliqui doctores singularem habuerint opinionem non propterea scrupulum habere debet iudex, cum hæc sit communior & verior sententia à qua non est recedendum secundum vulgaria.

Sed posito quod confessiones attendendæ sint, oriri secunda dubitatio potest, quoniam hæc est omnium iureconsultorum sententia, quod si non cōstet de corpore delicti, hoc est, delictum quod quis confitetur re vera fuisse perpetratum, confessio non attendatur, nec super ea fundare se iudex possit ad condemnationem rei. Respondemus in hoc crimi-
17 ne maleficii, quod non relinquit post se † vestigium, locum esse condemnationi rei propter confessionem solam alio non constito, ita late docent Arnaldus Albertus *in tractatu de cognoscendis assertionibus catholicis & hæreticis. quæst. 25. in primo dubio.* refert & sequitur alios citans Prosper Farinacius *sæpius citato tractatu. quæst. 2. num. 26.* vbi tamen male citat Ponginibium eiusdem sententię authorem. Qui tamen declarant id procedere, quando crimen istud nemini nocuit, sed si maleficus accusetur quod infante in aliquem occiderit, vel animalibus nocuerit, aut alia intulerit damna, tunc soli confessioni quoad ista illata damna non est credendum, sed constare oportet ea damna & delicta vere commissa & illata esse, aliter quam per confessionem.

Tertia potest esse dubitatio ex eo quod scribit memoratus author *de confessionibus maleficorum. pagin. 143. vers. septimum illarum.* vbi docet neminem esse
18 torquendum † ex denunciatione & nominatione mulierū quæ sunt eiusdem criminis sociæ, nisi ad minimum à tribus vel quatuor sit denunciatus. Quia quod dictum est vnius denunciationē sufficere cum aliquo alio indicio vel duorum absque alio indicio, intelligendum est de virorum denunciatione, non autem mulierum, quia mulieri non est tanta fides habenda quanta masculis propter fragilitatem sexus, &c.

Nos putamus ad torturam sufficere testimonia & denunciationes mulierum nedum virorum, eo modo quo supradiximus, nullā scilicet quo ad hoc differentiam constituentes inter testimonium siue nominationē masculorum vel fœminarum, quia licet regulariter testimonium virorum præferatur testimonio fœminarum, non tamen efficitur in hoc crimine quod vt plurimum à fœminis committi solet earū testimonium ad torturam non sufficere, sed bene sequitur quod ex virorum denunciationib. maior fides & præsumptio oriatur.

Confirmatur hæc sententia ex duob. Primo quia
19 de iure ciuili & in foro ciuili mulier † indistincte admittitur ad testificandum in causis criminalibus etiam capitalibus vt late docet Iulius Clarus *quæst. 24. vers. quæro igitur in primis & vers. sequent.* Vnde cum idē Clarus & cæteri doctores quos author ille sequitur in terminis huius criminis communiter doceant vnius socii criminis testimonium præstare indicium ad torturam cum alio adminiculo, & duorum sine adminiculo, sine dubio intellexerunt, tam de virorum quam de fœminarū testimonio. Secundo quia vt ipse fatetur istud crimen est difficilis probationis & simul etiam enorme & grauissimum, vnde testes qui alias sunt inhabiles ob infamiam & alias causas admittuntur, quia aliunde veritas haberi non potest, ita inquam ipse docet, *folio 126.* Et idem sibi ipsi obiicit in loco memorato, quod quidem argumentum postea non soluit. Cuius itaq; distinctio inter masculi & fœminæ testimonium in proposito forte locum habere posset secundum ius canonicū, quo iure attento † videtur esse multorum sententia quod in cri- 20
minalibus mulier non admittatur ad testificandum, sicut loquitur Decius *in l fœmina. n. 34. ff de reg. iu.* quē ipse citat, & multi alii idem docent quos refert Clarus *d. q 24. vers. de iure autem canonico.*

Quarta accidere potest dubitatio iudici super iurisdictione sua quando agitur de maleficio † quod 21
sapit hæresim vtrum ipse cognoscere possit, an vero causam ad inquisitores hęreticæ prauitatis remittere: ex iis, quæ docet idem author *de confessionib. maleficorum fol. 22.* Sed nobis placet sententia quæ habetur in Malleo maleficarum *in 3. parte in principio.* vbi late docetur, iudices laycos de hoc crimine cognoscere ac iudicare posse, etiam quando hæresim continere videtur, rationes ibi adducit. Et ita consuetudine & vsu forensi receptū videmus, quod indistincte puniantur malefici à iudice sęculari, tametsi negari non possit, quin & inquisitores hæreticæ prauitatis cognoscere valeant.

Quinta dubitatio esse potest quid si mulier confessa crimen legitime contra se & alios reuocet confessionem † dum ducitur ad patibulū, dicens se iniu- 22
riam fecisse personis nominatis. Huius dubitationis solutio habetur apud memoratum authorem de cōfessionibus maleficarū in *fol. 114.* vbi quod reuocatio confessionis non sit attendenda.

Sexta dubitatio quia dicunt omnes communiter legistæ & canonistæ inquisitionem contra reum formari non posse licet indicia subsint, nisi † etiam dif- 23
famatio præcedat. Quid ergo si mulier aliqua non sit diffamata vnquam de tali crimine, sed tamen indicia alioqui legitima contra eam subsint, an inquisitio contra talem poterit formari. Existimamus formari posse, quia requisitum illud de diffamatione præcedente locum nō habet in grauissimis delictis, & præcipue in crimine hæresis, & læsæ maiestatis, quibus maleficium istud est affine. Gigas *in tracta. de crimine læsæ maiestatis. libro secundo. quæst. 9.* Alciatus *in c. perniciosa. numer. 46. de off. ordina.* Prosper Farinacius *tract. annotato. quæst. 9. num. 14.*

Septima dubitatio quid si non sit reus plene conuictus, adsint tamen indicia † & præsumptiones ve- 24
hementes, an torquendus an vero condemnandus sit. Respondemus aut torquendum aut cōdemnandum esse, pœna tamen extraordinaria, sicut fit in aliis causis & delictis, late Menoch. *de præsumption. lib. 1. cap. 97.* vbi diligenter totam hanc materiam tractat & explicat, aliquid in terminis huius criminis habetur apud authorem sæpe dictum *de confessionib. maleficorum fol. 147.*

Possint & aliæ multæ dubitationes incidere quæ ex diligenti lectione dicti authoris, de confessionib. maleficorum, mallei maleficorum & aliis bonis scriptoribus, & ex ipsarum causarum & processuum inspectione, vsu & consuetudine, ex constitutionib. Caroli Quinti & aliis auferri poterunt & solui Quas prudentiæ ac diligentiæ iudicare debentium relinquendas putamus. Ita iuris esse censemus saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii inclyti Ingolstadiensis.

Pro

Pro Nobilibus Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII XIII.

Tractantur quinque quæstiones. Prima an valeat pactũ de succedendo reciprocum inter coniuges. Secunda quando ex facto inducatur ratihabitio actus nulli. Tertia de substitutione facta pluribus an purificetur vnius morte, & sic pluralitas resoluatur in singularitates. Quarta an sit locus legitimæ & Trebellianicæ detractioni in fauorem filiorum. Quinta an ex aliquibus causis detractio legitimæ & Trebellianicæ possit impediri.

SVMMARIA.

1 *Pactum de succedendo valet in pactis dotalibus.*
2 *Pactum reciprocum de succedendo inter coniuges valet.*
3 *Accessorium sequitur naturam sui principalis.*
4 *Multa in consequentiam conceduntur, quæ principaliter non concederentur.*
5 *Pactum reciprocum de succedendo ex consuetudine valet.*
6 *Vltimæ voluntates ordinari possunt in contractibus.*
7 *Fideicommissum inducitur ex eo quod quis iubet hereditatem suam cum alio diuidi. (ctibus.*
8 *Consuetudo valet vt vltimæ voluntates fiant in contra-*
9 *Quod contra iuris rationem inductum est, non est trahendum in consequentiam.*
10 *Consuetudo stricti iuris est nec extenditur ad alios casus.*
11 *Pactum cum vno aliis non prodest.*
12 *Stipulari alteri nemo potest. (ciali.*
13 *L. quoties C. de dona. quæ sub modo loquitur de casu spe-*
14 *Pacto hereditas non datur.*
15 *Donatio quid requirat.*
16 *Donatio causa mortis quid requirat.*
17 *Donatio saltem pactum requirit.*
18 *Vltimas voluntates fieri non posse in contractibus inter*
19 *L. tale pactum. §. vlt. de pactis expenditur. (viuos.*
20 *Heredem suum vocans aliquem in actibus inter viuos videtur in eum contulisse supremum suum iudicium.*
21 *Pactum de viuentis hereditate quando valeat.*
22 *Pactum de viuentis hereditate non valet etiam in contractu matrimoniali. (uersa ratio est.*
23 *Accessorium non sequitur suum principale quando di-*
24 *Voluntas declaratur ex factis. (te improbare.*
25 *Contractum approbans pro parte non potest pro alia par-*
26 *Alienatio rerũ minoris facta ratificatione eius cõualescit.*
27 *Idem in alienatione facta à tutore rerum minoris.*
28 *Idem in oppignoratione rei alienæ.*
29 *Alienatio rei alienæ ratificatione domini conualescit.*
30 *Donatio facta habenti administrationem in vrbe conualescit ratificatione secuta.*
31 *Contractus vbi nullus est licet ei impugnare qui fecit.*
32 *Contractus qui est nullus quando ratificatione secuta conualescat.*
33 *Pactis priuatorum iuris forma mutari non potest.*
34 *Pluralis locutio non potest in vno verificari.*
35 *Voluntas testatoris primum locum obtinet in conditio-*
36 *Oldradus cons. 142. reprobatur. (nibus.*
37 *Filius detrahit legitimam & Trebellianicam.*
38 *Trebellianica detractio prohiberi potest.*
39 *Fructus in Trebellianicam imputandi quando.*
40 *Trebellianica amittitur ob inuentarium nõ confectum.*
41 *Trebellianica detractio filiis prohiberi non potest.*
42 *Fructus in Trebellianicam non imputatur.*
43 *Trebellianica nõ perditur ob inuentariũ non confectum.*

Iesu Christi seruatoris nostri auxilio implorato.

PROPONITVR hæc facti species, duos coniuges, nempe Ioannem Bruringh & Elisabetham N... pacta inuicem dotalia iniuisse, & inter cætera pactũ de succedendo reciprocum fecisse in hunc modum, vt si liberis relictis maritus decederet, mulier superstes eidẽ succederet vna cũ liberis; & vicissim, morienti vxori vir superstes vna cũ liberis succederet. Insuper si contingeret pmoriente viro liberos superstites antequã matrimonium contraherent decedere, vxor eademq; mater eidẽ in capita succederet vna cũ aliis filiis qui superstites extarẽt. Si vero cõtingeret filios omnes pmori tunc filii postremo moriẽtis hereditas diuidẽda esset in duas partes, quarũ vna ad matrẽ, altera ad agnatos mariti pximiores ptineret.

Mortuus est dictus Ioannes maritus, grauida relicta vxore, quę posthumum ei peperit cum quo dicta vxor hereditate mariti diuisa vigore pacti dotalis supradicti ad secundas nuptias cõuolauit. Postea moritur posthumus eadem eius matre superstite, quamobrẽ agnati proximiores mariti defuncti vigore pactorũ dotalium petunt mediã partẽ bonorũ suorum relictorum. Istis cõtradixit secundus maritus nomine vxoris suæ matris dicti posthumi, cõtenditq; totã posthumi hereditatẽ pactis nõ obstantib. ad dicti posthumi matrẽ ptinere. Huius cõsultationis cardo vertitur in sequentium quæstionũ accurata discussione ac resolutione. Prima est an pacta supradicta de iure valeãt in ea parte qua cautũ est, vt liberis omnibus pmorientib succederetur pro dimidia parte vxor siue mater filiorũ & pro alia dimidia agnati proximiores succederẽt. Secunda, dato qd non valeant pacta in hac parte, cuius proxime facta est mentio, an cum dicta vxor marito super viuens dicta pacta approbauerit, hereditatẽ diuidendo vna cum posthumo videatur etiam in altera parte approbasse, quæ respicit agnatorũ fauorem, vt nõ amplius improbare potuerit. Tertia, posito quod dicta pacta valeant in hac postrema parte in fauorem agnatorũ, an quia vnus tantum filius natus est, videatur casus euenisse eorũdem pactorum. Quarto, iterum posito quod dicta pacta in fauorem agnatorũ valeant, & casus eorum euenerit verũ videantur filii per fideicomissum grauati, vt proinde in fauorem matris locus sit detractioni legitimæ & Trebellianicæ, deductio Trebellianicæ possit impediri ex eo, quod fructus percepti in eam imputãdi sint, vel alias similes ob causas. Quod attinet ad primã quæstionẽ videbatur prima specie respondendũ, illud pactum valere; Primo quia inter coniuges † atq; in pactis dotalibus pactum de succe- 1
dendo valet, etiam in fauorem aliorũ puta filiorum nascituroiũ vel aliorũ, argumento *l. diui Constantini. C. de natu. liberis. & l. si inter. ff. de pactis dotalib* & tradunt Guido Papæ *dec* 267 *&* 505 Crau. *cons.* 256. *nu.* 1. alios multos citat Tiraq. *de iure primogen. q.* 6. *n.* 11. 12. Menoch. *cons.* 1. *n* 162. Ergo valere debet pactũ de quo agitur, vt succedãt agnati proximiores filiis nascituris, qui vltimi moriẽtur, eo modo quo in pactionib istis actum & conuentũ fuit, matre scilicet quo ad dimidiã partẽ exclusa. Secundo quia licet fortasse dubiũ sit an eiusmodi pacta de futura successione valeant, quando non sunt reciproca, tamen si reciproca sint videtur valere de iure, eo qd vicissitudo multa operetur. Nam donatio inter coniuges non valet, & † ta- 2
men si reciproca sit valet: similiter donatio excedens quingentos aureos non valet, absq; insinuatione, &

tamen

tamen si reciproca sit, valet, ita docet Marsil. *sing* 333. *vbi multos alios citat.* quib accedat Mynsing. *cēt 2. obser.* 33. Vasius *com. opin. ver. pactū* 1. n. 12. alios citat Tiraq. *de iure primog. q.* 6. *n* quib. addi potest Wesembec in paratitlis *ad tit. ff. de hered. inst.* Sed pacta ista reciproca fuerunt inter coniuges circa modū succedendi inter eos, liberis extantib. ut patet, ergo valent. Et licet in ea parte quæ respicit fauorē agnatorum, ad quos dimidia pars hereditatis peruenire debet, post mortē vltimi filii defuncti, nō mittet hæc ratio, quod videlicet sit reciprocū pactum, tamē quia illud pactum in fauorem agnatorū non est principale sed accessorium naturā sequi debet naturā pacti principalis: & sicut valet principale pactum inter dictos coniuges, circa successionis modū inter eos seruandū, ita valere debet & illud accessorium quod fauorē agnatorum concernit, quoniā accessorium sequitur † naturā sui principalis. *accessorium. de reg. iur. l. 6 l. cum principalis. eod. tit.*

4 Est etiam regula, quod multa † in consequentiā permissa esse, quæ principaliter non permitterentur *l. 1. ff. de autor. tut.* ... Tertio nam dato quod de iure ... valeant huiusmodi reciproca pacta inter coniuges de succedendo, tamē ex notoria Germaniæ

5 consuetudine † valere constat, sicut asserit Mynsing. *d. cent. 2. obser.* 3. vbi dicit hanc consuetudinem in Camera Imperii iudicando obseruatā fuisse, & ideo nouis his moribus quoddā genus heredum veteribus IC. incognitum institutū esse. Nam cum illi solos heredes agnoscerēt testamētarios vel legitimos postea moribus. facti sunt heredes cōuentionales vt dicebat Hotom. *cons.* 35. Postremo sic nobis statuendū videbatur, quod si dicta pacta in fauorē agnatorū nō valerent tanquā pacta, & tanquā actus inter viuos; saltē valerent iure cuiusdā vltimæ volūtatis; puta donationis causa mortis, vel fideicommissi, quoniam ēt in cōtractib. & in aliud id genus conuentionib. & pactionib.

6 inter viuos factis, vltimæ † voluntates possunt ordinari & constitui, *arg. l. tale pactum. §. rls ff. de pact.* & ibi Bart. & Bald. Vasq. *de succ. creat. lib.* 2. § 18 *n.* 287. Vincent. Franc. *decis.* 160 *n.* 1. Wesem *cons.* 38. *n* 58. *& in paratitlis ff. de hered. inst. n.* 6 Præsertim quia illa cōuentio ac dispositio in pactis contenta, vt hereditas inter coniuges & dictos agnatos diuideretur, nō aliena est a fideicommisso, quia si quis iubeat aliquē he-

7 redem suū † cū alio partiri, fideicomissum iniungere videtur, *l. pure.* 19. § 1 *ff ad Treb.* Et dubiū nō est quin

8 etiam † consuetudo valeat, ex trad. per Dec. *in l. pactum quod dotali. n.* 3. *&* 11. *C. d. pact.* Tiraq. *de iure primog. q.* 7. Caminan. *decis.* 100. *n* 33 Verum his & simil. b. quę adferri possunt non obstantib. contrariū deciditur, nimirū pactum quod nobis ꝓponitur nullius esse momenti, quod res vt clarius intelligatur, diligenter inspiciēdū considerandū est, quid in consultationē & quęstionem veniat. Nam in qstionē illud neqquā venit, vtrū pactū reciprocū de succedendo inter coniuges ... valeat, quo videlicet ita cōuentū & cautū est, vt altero moriēte alter supstes vna cū filiis succedere debeat. De hoc pacto in psenti causa non disputatur, neque eo consulimur, sed de alio pacto, illo nempe quo conuentū & constitutū est, vt morientib. filiis ei, qui patre suo diem suū obiisset, succederēt ꝓ dimidia parte mater, & pro alia dimidia agnati proximiores. Id pactū non est idē cum pacto illo mutuo de succedendo inter coniuges facto, sed ab eo longe diuersum est, quia respicit alias psonas diuersas, nempe fauorē agnatorū, onus filiorū eius scilicet qui vltim' moreretur, & præiudiciū matris per illud pactū exclusę a tota hereditate filii: neq; reciprocū est, vt scilicet ēt in fauorem matre idem pactū locū haberet respectu agnatorū matris. Ex hoc infertur consuetudinē per

q̄ reciproca pacta de succedendo inter coniuges valent, (vt aliqui asserunt cōtra iuris rationē *l. licet. C. de pact. & ducetur inferius.*) nō posse extendi vltra suos terminos ac limites, & cōsequenter extendi non posse ad aliud pactū lōge diuersum & alias personas respiciens. Etenim quod contra iuris † rationē receptum est, 9
non est trahendū ad consequentias, *l. quod v. ro. ff. de leg.* Et ideo doctores omnes vnanimi cōsensu docēt consuetudinē quæ † contra ius est stricti iuris esse, & 10
nō extēdi ad alios casus nec ad alias personas quā de quib. loquitur & recepta est, pclare Aretin. *cons.* 44. *n.* 1. Crau. *cons.* 30 *n.* 5. Ancharan. *cons.* 315. *col.* 5. *vers. ad secundā rationē* Alex. *cons.* 6. *li.* 5. Meno. *cons.* 383. *n* 13 *li.* 4. Ceph *cons.* 338. *n.* 45. *li.* 3. Quare nisi consuetudo sit in specie isti' pacti quo de agitur, per q̄ talia pacta ēt in fauorē aliorū puta agnatorū cōstituta apꝓbentur, quod ex facto pendet potius q̄ ex iure, ad rem hanc nostrā dicta consuetudo accomodari non poterit, & ideo cardo huius quęstionis in eo versabitur, an eiusmodi pacta dotalia de iure subsistant in fauorē tertii scilic. 11
agnatorū, vt proinde agnatis liceat bona vindicare secundū ipsius pacti tenorē & formā. Qua in re existimamus nullū ius agnatis competere. Nam agnati isti aut cōtendunt bona ista sibi deberi quasi disposita in pactis dotalib. valeant in vim pacti & conuentionis; Aut qa valeāt in vim donationis inter viuos. Aut in vim donationis causa mortis, aut in vim testamenti, ex quo hereditas illis sit relicta, aut in vim fideicommissi, vel mortis causa capionis. Nullum aliud medium videmus, quo inniti possint, quapropter si ostenderimus nullum ex dictis mediis siue remediis eis competere, merito eos excludendos concludemus.

Quod igitur agnati petere non possint dicta bona ex hoc capite, quod disposita in pactis dotalib. inter coniuges vim habeant pacti quo ad ipsos ex quo ius adquisitū fuerit, ꝓbatur. Primo, nam pactū est duorum pluriumue in idem placitum & cōsensus *l. 1 ff. de pact.* sed nullus ipsorū agnatorū consensus interuenit in pactis illis dotalib. ergo † quo ad ipsos pactū initum 11
non dicitur. Et cum nemo † alteri stipulari possit, *l.* 12
stipulatio ista. § alteri. ff de verb. oblig. l. 3 *C. de inut. stip. §. alteri. inst. eod.* etiamsi sit consanguineus vel cognatus *arg. l.* 3. *§ sed si forte. ff. sol. soluti.* Iason *in d. § alteri. n.* 1. *vers. tertio per hoc infero.* non valuit dicta pactio in fauorē agnatorū absentiū interposita. Nec illis suffragari potest quod aliquādo tertius † aliquis pacisci ac 13
stipulari possit, vt in *l. quoties C. de dona. quæ sub modo.* quia illud in donatione specialiter constitutū est vt liberalitatē exercēs pactū in fauorē alterius tertii adiicere possit, sicut optime declarat post alios Baldus *Nouell. de dote* 12. *q.* 12. Couar. *var. resol. l. b.* 1. *c.* 14. *nu.* 2. quia hæc nō est donatio. Secundo probatur, qa † pa- 14
cto hereditas dari non potest, *l. hereditas. C. de pact. conuent. ex eo. C. de inutil. stip. l. pactū quod dotali. C. de pact.* Cum igitur ex dictis pactis dotalib. hereditas agnatis detur sequitur dictū pactū nullius esse momēti, & nullam inducere obligationē vt patet ex dictis legibus. Quod autē dictū pactū in fauorē agnatorū nō valeat tanquā donatio inter viuos, patet: primo quia verba q̄ cōtinentur in pactis dotalib. nō conueniūt donationi inter viuos, secūdo quia tota dispositio q̄ concernit agnatorum fauorē post mortē liberorū & ipsius patris est collata, tertio quia nulla interuenit traditio, nulla stipulatio, nullū † pactum, quę tamē in 15
donatione requiruntur, *l. ab. emti. ff. de donationib. l. nec ambigi oportet. C. eod. l. si q. is argentum. § si autem. C eod.* Quod nō sit donatio causa mortis, ꝓbatur quia donatio causa mortis † est cū psens præsenti dat *leg. inter* 16
mortis. ff. de dona. causa mortis. Et ideo etiam hodierno

iure

iure inspecto in donatione causa mortis licet stipu-
17 latio non requirat † tamen pactum requiritur vix. *l. si quis argentum. §. si autem. C. de don.* Gl. *in l. cum pater. §. Meuio. de leg. 2.* Decius *ad rub. C. de pactis n. 4.* Couar. *ad rub. de testamentis in 3. parte. rub. nu. 13.*

Non posse pactũ quo de agitur vicem testamenti obtinere quo hereditas data esse intelligatur, probatur *ex l. hereditas. C. de pactis.* vbi probatur pactis hereditatẽ dari non posse, sed testamento, & pactum vice testamenti interpositũ quo hereditas datur, nullius esse momenti, & nullam parere obligationem, denique in vim fideicommissi, vel mortis causa capionis valere non potest sæpedictum pactum, quoniam & fideicommissum & mortis causa capio, tanquam vltimæ quædam voluntates, ex testamento & codicillis percipiuntur, non autem ex pactis dotalibus.

Atque hic ingredimur illam disputationem, an vltimę voluntates in contractibus & pactionib. in-
18 ter viuos constitui & ordinari possint. Et nobis † videtur nõ posse: primo quia nulla lex, nulla iuris ratio id suadet, cũ pactiones & contractus longe differant ab vltimis voluntatib. quæ certas habent formas & soleñitates, vnde & Vlpian. *verba, contraxerunt & gesserunt,* inquit, *nõ pertinent ad ius testandi. l. 20. ff. de verb. sig.*

Secundo quia si vltimæ voluntates in contractib. & actibus inter viuos ordinari possent, nulla esset ratio cur pacto hereditas dari non posset, & cur pactũ & stipulatio de futura successione nõ valeret, quod tamen nequaquam valere certum est, *ex leg. hereditas. C. de pact. conuen. l. ex eo C. de inut. stip. leg. licet. C. de pact.*

Tertio quia huius vulgaris sententię, quod in cõtractibus possint vltimæ voluntates ordinari, vt per Wesenbec. *cons. 38. n. 58. & in paratitlis. ff. de hered. inst.* fundamentum est *in l. tal. pactum. §. vlt. ff. de pactis.* qui tex. id non dicit: verba hæc sunt. *Pater qui dotem promisit, pactus est, vt post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suum fratrẽ remaneret. Ea conuentio liberis à socero postea susceptis, & heredib. testamento relictis per exceptionẽ doli proderit, cum inter contrahentes id actum sit, vt heredib. consulatur: Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.*

Ex quib. verbis non potest colligi vltimas voluntates ordinari posse in contractib. & heredes institui quia hæc est sententia legis, quod pater voluerit dotem heredib. suis restitui filia absq; liberis decedente. Et quia cum ita stipulabatur, nõ habebat liberos, tunc cogitabat fratrẽ suum ei successurũ & heredem futurum, sed cum postea liberos suscepisset, eosque heredes instituisset, non amplius dotem fratri restituendam, sed liberis, quia heredib. consulere voluit. Non dicit IC. fratrem heredem institutum ex illis verbis, quib. conuentum erat vt filia decedente sine liberis dos apud fratrẽ remaneret, sed quod in eum iudiciũ supremum contulisse videatur, id est, quod heredẽ suum facere † in animo haberet, scilicet in te-
19 stamento: Et ideo recte Castrensis exponẽs hæc verba, dicit intelligenda esse, destinatiue, & nõ dispositiue, quia scilicet sic destinauerat in animo facere fratrem heredẽ, quandoquidẽ carebat liberis, & sic tanquam in heredẽ futurũ disponebat, non tanquam tunc factum, & ista est veritas. Hactenus Castrensis.

Quarto hęc opinio ac traditio quod in cõtractib. vltimæ voluntates ordinari possint, originẽ habet ex Bart. *in d. §. vlt.* quẽ multi reprobarunt, & multi ẽt secuti sunt, vt videre licet ex Ias. *ibid. n. 10.* vtrũ bene vel male nunc discutere opus nõ est, quia hoc certum & perspicuũ nobis videtur, vt maxime vera esset Bartoli traditio ac doctrina, eam tamen ad præsentẽ facti speciẽ pro agnatis qui partẽ [illegible] unt hereditatis accommodari nõ posse. Hæc sunt verba Bart. *Vltimo [illegible] a hac lege, quod quando aliquis in actib. inter † viuos aliq[illegible] suum heredẽ appellat, videtur in eum suum iudiciũ conferre, & eum heredẽ facere vt hic in fine vide tex. ibi, in fratre suum supremũ iudicium contulisse videatur. Quod forte pro[illegible] si hereditatẽ ad pias causas relinquere. ex [illegible] ff. [illegible] testa. c. si. vel si esset inter liberos arg. l. hac con. vlti. §. ex imperfecto & auth. ibi posita. C. de testa. alias [illegible] non suffi[illegible] nec prodesset, quia solẽnitas testam. deficeret* Hactenus ille. 20

Ex cuius verbis apparet, [illegible] iuuari non posse, quia nõ sunt liberi, nec piæ causę, de qui[illegible] Bart. loquitur, & quorũ fauore testamentum imperfectum, & q̃libet voluntatis coniectura indiciumq;, etiã omni soleñitate iuris destitutũ sufficit, ad hereditatem obtinendam, *iuxta l. vlt. l. fam. ercis. & Nouellam de test. imperfectis.* Agnatos vero tanto fauore legib. [illegible] non sunt. Quarto quia solẽt ẽt pro eadem [illegible] adferri q̃ pactũ reciprocũ de succedendo inter coniuges initũ in pactis dotalib. vel ẽt [illegible] in liberorũ, qui ex illo matrimonio nascituri sunt, valeat. Ita enim multi tradiderunt & morib. receptũ esse [illegible] tur. Ergo ex hoc apparet ẽt in cõtractib. vltimas voluntates ordinari posse. Sed profecto hoc argumentũ nullius est momẽti, quia dato, q̃ id esset verum q̃ traditũ est circa pactũ reciprocũ de succedendo: non recte infertur omnes alias vltimas volũtates & fideicomissa ẽt in fauorẽ cognatorũ cõstitui posse, ac fieri in contractib. quia vt supra dicebamus consuetudo est stricti iuris, nec debet extẽdi vltra suos terminos, præsertim cũ sit contra ius. Nam q̃ pacta reciproca de succedendo iure ciuili valida non sint præterquã inter milites, p̃bat tex *in l. licet. C. de pactis.* Et quia ex vno particulari, nõ recte infertur vniuersale secundũ omnes argumẽtandi regulas. Itaq; nõ si valent pacta reciproca de succedendo inter cõiuges in pactis dotalib. inserta, idcirco loquitur valere omnes alias vltimas voluntates, ẽt inter alios & in aliorum fauorẽ quã coniugum, atque adeo in fauorem cognatorũ.

Deniq; illud etiam solet adferri, quod pacta † de 21
viuentis hereditate valeant, si is de cuius agitur hereditate consentiat & in eadem voluntate vsque ad mortẽ perseueret, *l. fi. C. de pact.* Ergo in pactis dotalib. fideicomissa & aliæ vltimæ voluntates ordinari possunt, quia adest cõsensus eius de cuius bonis agitur, & eiusdem perseuerantia in eadẽ voluntate vsq; ad mortẽ. Verũ huc nõ pertinet *l. fi. C. de pact.* loquitur, n. in alio casu longe diuerso quãdo videlicet aliqui paciscuntur inter se de hereditate alterius viuentis diuidenda, si ad eos p̃uenerit: Valet pactũ si consentiat ille, sed tale pactũ non cõtinet vltimã voluntatẽ, vel ipsorũ paciscentiũ vel eius de cui⁹ hereditate agitur, sed modũ & formã quib. hereditas inter eos diuidenda erit. Nostra aũt quæstio ac disputatio est, an in pactis & cõtractib. fideicomissa & alię vltimæ voluntates ordinari possint: quod longe diuersũ est, vt patet.

Ex his patet, à sufficienti partiũ enumeratione, vt doctores loquũtur, nullo modo pactũ de quo agitur valere posse in fauorẽ agnatorũ, neq; scilicet in vim pacti inter viuos, vel alicuius vltimę volũtatis. Quib. ita se habẽtib. nõ obstãt argumẽta in cõtrariũ allata. Nam q̃ attinet ad primũ, respondeo eorũ sententiã q̃ dixerunt, pacta in contractu matrimonii de futura successione valere, nullo iure p̃bari: neq; enim leges allegatę id dicunt, & cõtrariũ p̃bari *ex l. pactũ quod dotali. C. de pact. & ex l. hereditas. C. de pact.* quę leges loquũtur in terminis pactorum matrimonialium. Et hanc senten-

[illegible], quod non valeant eiusmodi pacta, et-
22 iamsi [illegible] contractu matrimoniali amplexi sint pluri-
mi, quos refert & sequitur Tiraquellus *de iure primo-
geniorum quæst.* 6.

Ad secundum & tertium respondetur, ea non ob-
stare: quoniam illud in quæstionem venit, vtrum
valeat pactum de succedendo reciprocum inter vi-
rum & vxorem in pactis dotalibus conuentum, sed
an illud valeat, quod factum est in fauorem agna-
torum, qui proximiores fuerint filio vltimo defun-
cto.

Non obstat quod dicitur istud pactum in fauo-
rem agnatorum factum, accessorium esse & anne-
xum aliis pactis inter coniuges factis, quia respon-
detur, pactum in fauorem agnatorum factum con-
sistere quidem in eodem instrumento, in quo cætera
pacta continentur, sed non habere aliquid commu-
ne cum aliis pactis, cum sit ab eis diuersum, & respi-
ciat fauorem & commodum diuersarum persona-
rum, & quod caput est, magna sit diuersitatis ra-
tio, inter illud pactum & aliud reciprocum inter
coniuges. Etenim pactum de succedendo recipro-
cum inter coniuges, consuetudine & moribus rece-
ptum est, illud vero pactum de iure non valet, &
consuetudine non probatur receptum esse. Et quan-
23 do [illegible] ratio inter † accessorium & principa-
le, [illegible] accessorium non sequitur naturam sui prin-
cipalis, vt post Bartolum & alios declarat optime
[illegible] *in l. cum principalis. numer.* 2. *de regulis iuris.* &
ibidem Cagnolus *numer.* 10. & quando principale
subsistit ex iure quodam speciali contra iuris regulas,
tunc accessorium non sequitur eius naturam. Ca-
gnolus ibidem post alios quos allegat *numer.* 3. *&* 4.
[illegible] quando accessorium aliquod non est ex
[illegible], sed ex voluntate partium & ex accidenti,
non sequitur naturam sui principalis, vt ibi per Ca-
gnolum *numer.* 5. Et ita est in casu nostro, quoniam pa-
ctum reciprocum de succedendo valet ex iure quo-
dam speciali, nempe ex consuetudine inter coniu-
ges, est enim contra iuris regulas, quare aliud pa-
ctum, quod dicitur eius accessorium, non sequitur
[illegible], præsertim cum sit accessorium ex ac-
cidenti, nempe ex voluntate partium, non autem
ex natura sua, vt patet.

Ad quartum & vltimum argumentum responde-
tur, iure non probari quod assumitur, nempe vlti-
mas voluntates ordinari & constitui posse in con-
tractibus inter viuos. Nec obstant auctoritates al-
legatæ, quia debent intelligi secundum terminos,
l. [illegible] pactum. §. *vltimo. ff. de pact.* & eorum quæ ibi
Bartolus tradit: quia isti nituntur fundamento,
quod à nobis superius partim sublatum est, partim
declaratum, ad hanc propositam quæstionem ne-
quaquam pertinere. Atque hæc sufficiant de priore
quæstione.

Sequitur secunda, an cum vxor post mortem ma-
riti [illegible] bauerit dicta pacta dotalia, heredita-
tem diuidendo cum filio suo posthumo, sibi ita præ-
iudicauerit, vt amplius ea reprobare nequeat, et-
iam quatenus fauorem respiciunt agnatorum.

Respondendum videbatur vxorem sibi præiudi-
casse, propterea quod post viri sui mortem diuiden-
do hereditatem cum filio suo posthumo ratam ha-
buisse videtur omnem dispositionem in dictis pa-
ctis [illegible] contentam.

24 Manifeste † & facto voluntas & animus decla-
ratur, sicut & verbis *l. Paulus. ff. rem ratam haberi.* imo
plus est facto, quam verbis mentem declarare re-
spondit Grammaticus *consil.* 13. *numer.* 3. & probat
textus *in capit. dilecti filii.* 2. *de appellat* & ibi Decius *in*
2. *notab.* quo adductus ita respondit Ancharan. *consil.*
302. *col.* 1. latissime Menoch *de recuper. poss.* §§ *remed.* 15.
numer. 118. *& num.* 124.

Est autem in contractibus hæc regula certissima,
quod si quis ex eo commodum aliquod percipiat,
atque ita † pro parte contractum approbet, non 25
possit pro alia parte reprobare, *argument. leg. Celsus.
ff. de arbitr. l. post diem. ff. de lege commiss. leg.* 2. *C. de dot.
promiss.* Iacobus Menochius *consil.* 162. *numer* 9. *li-
bro* 2.

Quibus ita positis licet pactum, de quo agitur,
quatenus fauorem agnatorum cócernit, nullum sit,
tamen propter ratificationem & approbationem
postea secutam videbatur confirmatum, vt amplius
infirmari non possit: quod multis similibus argu-
mentis demonstrari potest.

Primum est ex eo, quod de alienatione rerum mi-
noris quinquaginta annis constitutum est. Nam li-
cet absque decreto † non valeat, tamen si postea per 26
maiorem factum ratificata fuerit, confirmatur, &
infirmari amplius non potest, *l.* 1. *&* 2. *Cod si maior fa-
ctus ratum habuerit.*

Secundum est, *ex leg. penult. Cod. si aliena res pignor.
data fuerit.* vbi probatur, si tutor accepta † pecunia 27
mutua, mancipium pupilli oppignorauit, pignus
non valere, nisi post perfectam ætatem consensum
accommodauerit.

Tertium est, *ex l. aliena res. ff. de pignor. act.* vbi alie-
na res pignori dari potest voluntate Domini, si vero
eo † ignorante data fuerit & ratum habuerit, pignus 28
valebit.

Quartum sumi potest *ex l.* 1. *Codic. si in commun. ea-
demq. caus.* vbi si soror mea fundum † communem 29
vendidit, mihi non præiudicat in portione mea, sed
si postea consensum accommodauit, valet alienatio
in præiudicium meum.

Quintum sumitur *ex leg.* 1. *versicul. Donationes ve-
ro. Codic. de contractibus iudicialibus.* vbi donatio fa-
cta habenti † administrationem in vrbe, nulla est, 30
nisi post depositam administrationem ratificata fue-
rit.

Atque ita docent passim interpretes, quos copio-
se Tiraquellus citat, *de legibus connubialibus. Gloss.* 8. *nu-
mer.* 91. *cum pluribus seqq.* Ioan. Cephalus *consil.* 51. *num.*
12. *cum seqq. libr.* 1.

Verum his & similibus quæ copiose adferri pos-
sent non obstantibus, contrarium deciditur, nempe
ratificationem & approbationem istam non præiu-
dicasse vxori, nec ex illa pactum quod nullum erat
robur accipere potuisse: ex quo infertur licuisse di-
ctæ vxori impugnare pactum: pro cuius rei præmu-
nitione præmittimus verissimam illam & certissi-
mam iuris conclusionem, quando pactum vel con-
tractus † est nullus, licere ei qui illud fecit contra fa- 31
ctum suum venire, *leg. iubemus.* §. *sane. Codic. de sacro-
sanct. Eccles. leg. quemadmodum. Codic. de agricolis & cen-
sitis.* & ibi Bartolus, idem Bartol. *in l. post mortem. nu-
mer.* 2. *ff. de adopt.* Alexand. *in l. si donatione. numer.* 10.
& ibi Iason *numer* 7. *Cod. de collat.* idem Alex. *consil.* 125.
num. 5. *lib.* 1. Afflict. *decis.* 335. *numer.* 2. Decius *consil.* 185.
num 6 *&* 445. *num.* 29. Grammat. *decis.* 93. *num.* 3. Cra-
uetta *cons.* 175. *num.* 6. Natta *cons.* 194. *nu.* 14. *&* 289. *nu.*
6. Francisc. Becius *cons.* 90. *nu.* 15.

Est igitur omnis difficultas in eo, quod vxor post
mortem mariti facto ipso tacite approbauit & ratifi-
cauit eiusmodi pacta, an ea ratificatio & approbatio

confirmet pactionem ac dispositionem illam in fauorem agnatorum factam, quæ antea erat nulla: & respondemus non confirmari, ex hinc fundamento, quia cum quæritur, an ratificatio & approbatio contractus gesti, qui nullus erat, confirmet ipsum contractum; hæc distinctio est adhibenda, quod
32 si quidem † approbatio & ratificatio facta est ab illo, in cuius erat potestate contractum de nouo facere, vt tunc valeret, quando illum approbauit, tunc contractus confirmetur, quasi videatur de nouo factus, & ita loquuntur omnia allegata in contrarium.

Nam maior factus potest absq; decreto rem suam alienare, ideo si ratam habuerit & approbauerit alienationem factam tempore quo erat minor, illa confirmatur. Similiter pignus rei meæ confirmatur accedente postea approbatione & consensu meo, quia in potestate mea est, vt de nouo contrahatur & valeat. Eodem modo loquuntur alia exempla. Cæterum si actus & contractus sit nullus ex ea causa, de qua partes disponere non possint, ita vt non sit in potestate alterius facere, quod etiam tunc valeat actus & contractus, tunc approbatio & ratificatio nihil operatur. Et istud est quod docet Bart. licet non ita explicate *in leg. obseruare. num. 7. ff. de off. procons.* sed Bartolum ita Natta explicat *in cons. 262. num. 1.* idem docent Salycet. & Baldus *in leg. manumiss. C. de reb. alien. non alien.* Io. Petr. Surd. *cons. 12. num. 12.*

33 Ratio est euidentissima, quia iuris publici forma pactis priuatorum mutari non potest *l. 3. ff. de testament. leg. ius publicum ff. de pactis.* Cum itaque pactum quo hereditas datur, non valeat, quia hereditas testamento datur, & hæc est iuris forma, & vltimæ voluntates in testamentis & codicillis instituantur, secundum formam à legibus constitutam, non est in potestate alicuius efficere, vt pactum valeat citra iuris formam, atque adeo vxor tacite approbando eiusmodi pacta, non potest efficere, vt valeant & confirmentur in fauorem agnatorum, quibus hereditatis pars relinquitur post mortem filiorum.

Ex quibus colligitur responsio ad omnia in contrarium allegata, locum enim habent in iis, quæ pendent ex arbitrio & potestate partium, & de quibus disponere possunt, vt patet ex prædictis. Hæc de secunda quæstione.

Tertia quæstio est, dato, quod pactum de quo agitur & dispositio valuerit in fauorem agnatorum, saltem in vim fideicommissi, an dicatur euenisse casus eius, cum vnus tantum natus fuerit posthumus, substitutio autem agnatis facta esse videatur, si contingat filios omnes mori antequam nubant, & consequenter sub numero plurali, qui requirit cõcursum plurium, non autem vnius tantum. Hæc est fere illa quæstio de qua respondet Oldr. *cons. 142.* Cũ quidam pluribus filiis posthumis sorores suas substituisset, & natus esset vnus tantum posthumus, respondit Oldr. casum fideicommissi nõ contigisse, & ideo sorores non ... defuncti, quæ non debet excludi à ... successione *l. vlt. C. de ... & subst.* cum verba testatoris designarẽt plu-
34 res posthumos, non autẽ vnum tantum, & † pluralis oratio non potest in vno verificari. Idem docuit Io. And. *in add. ad spec. tit. de testamentis §. in primis an vltima additione vers. quarta quæstio* Decius *cons. 287. nu. 13. 14.* Natta *cons. 667. nu. 6.*

Sed tamen iis non obstantibus contraria sententia nobis videtur probabilior, & menti disponentis magis consentanea, quia si voluit agnatos succedere vltimo ex filiis suis decedenti, & sic eo in casu, quo plures extra liberi, & ... voluisse vt succederent ... nato & decedente, *argum. l. hæc ... Treb. l. falsa. ... de cond. & demonstr.* ...
35 nibus primum locum sibi vendicat voluntas testatoris, *l. in conditionibus ff. de cond. & demonst.* ... tio aliquando verificatur in vno, ... liberi mei omnes exheredes sunto, ... habeat, recte exheredatus videtur *l. Titius ff. de lib. & post.*

Et ideo aduersus sententiam Io. And. & Oldr. est
communis Dd. sententia, vt testatur Tib. Decian. 36
cons. 1. n. 165. vers. & similiter. lib. 1 vbi citat Aret. ... *ff. de lib. & posth.* & Ruin. *in l. Gallus §* ... *tum. n. 48. eod. tit.* sed ... aduersus Oldr. ... citat Alciat. *lib.* ... probantem Oldr. ... hac quæstione ... euenerit, nihil ... in prima & secunda quæstione ... sunt.

Quarta quæstio ... talibus valeant in vim fideicommissi, quia videlicet filius vltimo defunctus, ... gatus fuerit per fideicõmissum ... portionẽ partim matri, partim ... agnatis, ... cius detractio legitimæ & Trebellianicæ ... Respondemus † omissa disputatione ... 37 esse dictis detractionibus ... te l. ... tudine vbiq; recepta est, ... fin. lib. ... Ant. Gab. ... 121. ... cit & Mich. Graff. ... *Trebellian. q. 4.* ... causis nos ... le ... sunt remoti ... te legitimam & Trebellianicam ... in reliquum fideicommissi.

Quinta quæstio est an ... ti aduersus detractionem Trebellianicæ ... debatur ... non ... ita ... deretur, & ... quiritur ... pot. si mater ex ... Trebell. ... ideo videtur ... Trebellia- 38 ni detractio, ... Gabr. *lib. ... ad Treb. concl. ... 6. 7. 8. 9.* Mant. ... *lib. ... tit. 12.* ... *Trebellia-* *nica. q. 8* Secundo, ... 39 impetrandi ... bellianicam ... imputandi ... quartas, hæc legitimã & Trebellianicam ... *in l. cum ... C. ad ... & cons. ... lib. 2* ... *cum proponeretur ff. ad Treb.* Ceph. *l. cons. ...* Tertio ... contra ... que ... responderunt locum nõ esse † de- 40 ctioni Trebellianicæ auctoritate Nouellæ ... argumento sumpto ... ad Trebell. Cacher. *dec. Ped. ... 47* Vasq. *de success. ... §. 8 n. 14* ... *cõs. 1. n. 5 & 335. n. 8. lib. 1.* Menoch. *cons. 272* ...

Verum istis non obstantibus ... istas exceptiones nõ impedire Trebell. detractionẽ. Nã secundum communem & ... sententiam Trebellianicæ † detractio filio prohiberi non 41 potest, vt videre licet ex Gabr. *lib. 4. tit. ad Trebell. ... num. 4.* Grat. *§. testamentum. q. 62. num. 5* quæ sententia

probabi-

probatur primum ex *l. si vt allegas. Cod. ad Trebell.* & ex iuris regula quod nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest. de leg.* 1.

Secundo quia in Trebellianicam fructus non im-
42 putantur, cum † versamur in liberis primi gradus, *l. iubemus. C. ad Treb.* & id locum habet, etsi simul cum legitima etiam Trebellianicæ detractio fiat, quod probatur auctoritate, *d. c. Raynutius. de testam.* quatenus ibi dicitur fructus in Trebellianicam non imputari, nisi à tempore litis contestatæ, & ita docuerunt Bartol. & Alexand. *in l. quod de bonis. §. quod accus. ff ad legem Falcid.* Couar. *in d. c. Raynutius. §. 11. num.* 8. Menoch. *de arbitr. iud. casu* 256. *num.* 35.

Tertio quia nec etiam amitti potest Trebelliani-
43 ca, licet quis † inuentarium nō confecerit, licet enim hæc fuerit olim magna controuersia, tamen hæc sententia magis recepta est, & iuri magis consona, cum nulla lex reperiatur quæ Trebellianicę beneficio heredem non cōficientem inuentarium priuet. Quod sit magis recepta hæc sententia, & alteri contrariæ præferenda in re valde dubia, ex eo constare nobis videtur, quod in Camera Imperiali sit recepta, teste Andr. Gail. *libr. 2. obseruat.* 138. Mynsinger. *centur. 3. obseruat* 60.

Item in Rota Romana, vt patet ex Cassiodoro *titul. de testament. decis. 3. num.* 6. Nec non etiam consuetudine recepta sit teste Baldo *consil.* 383. *lib.* 1. Corneo *consil.* 80 *in* 8. *dub lib.* 4. Socin. Iunior. *consil.* 137. *libr.* 1. & 88. *lib.* 4. & Aufrerio *ad Capellam Tholosanam decis* 314.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustrissimo & Reuerendissimo D. Episcopo A.

ARGVMENTVM CONSILII XIV.

De feudo emptitio, an possit in eo fœmina succedere, vel ex ea descendentes, & an Dominus ad quem feudum est reuersum, possit propria auctoritate accipere, & de fructibus pendentibus in feudo post deuolutionem.

SVMMARIA.

1 *Feudum emptitium transit ad heredes proximiores vasalli, sicut cætera bona allodialia.*
2 *Siue feudum à Domino fuerit emptum siue ab alio.*
3 *Fœmina succedit in feudo emptitio.*
4 *Filii descendentes ex fœmina ad feudum admitti possunt ex propria persona.*
5 *Dominus ad quem feudum reuertitur, tenetur aliis proximioribus concedere.*
6 *Etiamsi vellet pro se retinere.*
7 *Fœminæ in feudo non succedunt, nec descendentes ex eis.*
8 *Cum principalis causa non subsistit, nec valent ea quæ sequuntur.*
9 *Fœminæ in feudis non succedunt.*
10 *Feudum censetur masculinum, quando iuramentum fidelitatis est præstandum.*
11 *Recognitio facta à vasallo probat contra eum.*
12 *Et contra eorum heredes.*
13 *Feudum masculinum esse probatur ex eo, quod masculis tantum concedi solitum fuit.*
14 *Fœmina semel exclusa ob existentiam masculi semper est exclusa.*
15 *Feudum emptitium non transire ad fœminas multi docuerunt.*
16 *Feudum emptitium ex pacto regulari debet, secundum naturam feudi.*
17 *Fœminæ in feudo non succedunt masculis existentibus, licet mixtum sit pro fœminis & masculis.*
18 *Dominus ad quem feudum reuersum est, potest de eo libere disponere.*
19 *Nisi velit aliquibus concedere, quia tunc tenetur dare proximioribus defuncti.*
20 *Nemo potest sibi ius dicere.*
21 *Dominus non potest emphyteusi ad eum reuersa possessionem propria auctoritate apprehendere.*
22 *Requiritur enim sententia declaratoria.*
23 *Sed contra ibidem quod possit.*
24 *Dominus habet ciuilem possessionem feudi, cuius vigore potest naturalem apprehendere.*
25 *Præsertim vbi nulla sit ei de facto resistentia.*
26 *L. clam possidere. §. qui ad nundinas. de acqu. poss. expenditur.*
27 *Dominus non potest auctoritate sua possessionem apprehendere emphyteusis deuolutæ ob canonem non solutum.*
28 *Fructus pendentes feudo deuoluto, quomodo diuidendi inter Dominum & heredes vasalli.*
29 *Text. in §. his consequenter. tit. hic finitur lex Corradi, vna interpretatio.*
30 *Alia interpretatio.*
31 *Lex dura est seruanda, nec licet de ea disputare.*
32 *Verus & communis intell. d. §. his consequenter.*
33 *Liber feudorum allegari potest ad decisionem causarum.*
34 *Controuersia inter Dominum & vasallum, quando coram paribus curiæ agitanda.*
35 *Fructus sunt res allodiales.*
36 *Causæ quæ coram Camera Spirensi in prima instantia cognosci possint remissiue.*
37 *Imperator cognoscere potest causas viduarum & pupillorum.*
38 *Fructus petuntur hereditatis petitione.*
39 *Heredi ab intestato datur officium iudicis pro consequendis bonis hereditatis.*

Iesu Christi Redemptoris nostri auxilio implorato.

GRaues sane ac difficiles nobis esse videntur quęstiones, quæ ex proposita facti specie, & ex his quæ in actis & inuestituris continentur, oriuntur. Quamobrem diligenti studio omnia perpendimus atq; examinauimus. Et quid pro iustitia & æquitate statuendum esse nobis videatur, breuiter ad singulas quæstiones respondendo subiiciemus. Prima quæstio est, an post mortem A. K qui ex linea G. K. vltimi vasalli descendit, feudum A. Episcopo A tanquam directo Domino apertum sit, an vero ad proximos A. heredes, nepotes scilicet ex sorore pertineat.

Videbatur nobis prima fronte respondendum dictum feudum A. non esse apertum Episcopo A. sed ad nepotes ex sorore dicti A. heredes proximiores pertinere sequentibus argumentis.

continet p[illegible]ionem ac dispositionem [illegible] in fauorem agnatorum factam, quæ nulla erat nulla: & respondemus non confirmari, ex hoc fundamento, quia cum quæritur, an ratificatio & approbatio contractus gesti, qui nullus erat, confirmet ipsum contractum; hæc distinctio est adhibenda, quod
32 si quidem † approbatio & ratificatio facta est ab illo, in cuius erat potestate contractum de nouo facere, vt tunc valeret, quando illum approbauit, tunc contractus confirmetur, quasi videatur de nouo factus, & ita loquuntur omnia allegata in contrarium.

Nam maior factus potest absq; decreto rem suam alienare, ideo si ratam habuerit & approbauerit alienationem factam tempore quo erat minor, illa confirmatur. Similiter pignus rei meæ confirmatur accedente postea approbatione & consensu meo, quia in potestate mea est, vt de nouo contrahatur & valeat. Eodem modo loquuntur alia exempla. Cæterum si actus & contractus sit nullus ex ea causa, de qua partes disponere non possint, ita vt non sit in potestate alterius facere, quod etiam tunc valeat actus & contractus, tunc ap[p]batio & ratificatio nihil operatur. Et istud est quod docet Bart. licet non ita explicite *in leg. obseruare. num. 7. ff. de off. procons[ulis].* sed [illegible] Natta [illegible] *cons. 262. num[er].* [illegible] idem docent Salycet. & Baldus *in leg. [illegible] n. 4. C. de reb. alien. non alien.* Io. Pett. S[illegible]d. *consil. 2[illegible] 12[illegible].*

33 Ratio est euidentissima, quia iuris publici forma pactis priuatorum mutari non potest, *l. 3. ff. de testament. l. 9. ius publicum ff. de pactis.* Cum itaque pactum quo hereditas datur, non valeat, quia hereditas testamento datur, & hæc est iuris forma, & vltimæ voluntates in testamentis & codicillis instituantur, secundum formam à legibus constitutam, non est in potestate alicuius efficere, vt pactum valeat citra iuris formam, atque adeo vxor tacite approbando eiusmodi pacta, non potest efficere, vt valeant & confirmentur in fauorem agnatorum, quibus hereditatis pars relinquitur post mortem filiorum.

Ex quibus colligitur responsio ad omnia in contrarium allegata, locum enim habent in iis, quæ pendent ex arbitrio & potestate partium, & de quibus disponere possunt, vt patet ex prædictis. Hæc de secunda quæstione.

Tertia quæstio est, dato, quod pactum de quo agitur & dispositio valuerit in fauorem agnatorum, saltem in vim fideicommissi, an dicatur euenisse casus eius, cum vnus tantum natus fuerit posthumus, substitutio autem agnatis facta esse videatur, si contingat filios omnes [illegible] quam nubant, & consequenter sub numero plurali qui requirit cōcursum plurium, non autem vnius tantum. Hæc est fere illa quæstio de qua respondit Oldr. *cons. 142.* Cū quidam pluribus filiis posthumis fratres suas substituisset, & natus esset vnus tantum posthumus, respondit Oldr. casum [illegible] venisse, & ideo sorores non esse [illegible] posthumi defuncti, quæ non debent excludi a [illegible] successione. *l. vlt. C. de inst. & subst.* cum verba testatoris designarēt plu-
34 tes posthumos, non autē vnum tantum, & † pluralis oratio non potest in vno verificari. Idem docuit Io. Andr. *in add. ad Specul. tit. de testamentis §. in primis in vltima additione vers. quarta quæstio* Decius *cons. 287. nu. 13. 14.* Natta *cons. 56[illegible]. nu. [illegible]*

Sed tamen [illegible] non obstantibus contraria sententia nobis videtur probabilior, & menti disponentis magis consentanea, quia si voluit agnatos succedere vltimo ex filiis suis decedenti, & sic eo in casu, quo plures ex [illegible] liberi, & vltimus eorum moriretur, censetur etiam voluisse vt succederent vno tantum [illegible] nato & decedente, *argum. l. hæc edictalis. §. cum ita ff. ad Treb. l. fal. 4. §. vlt. ff. de cond. & demonst.* Et in † conditio-35 nibus primus locum sibi vendicat voluntas testatoris, *l. in conditionibus ff. de cond. & demonst.* Pluralisq; oratio aliquando verificatur in vno, vt si quis dicat liberi mei omnes exheredes sunto, & vnum tantū habeat, recte exheredatus videtur *l. Titius. ff. de lib. & post.*

Et ideo aduersus sententiam Io. Andr. & Oldr. est communis Dd. sententia, vt testatur Tiber. Decian. 36 *cons. 1. n. 165. vers. & similiter, lib. 1* vbi citat Aret. *in l. placet. ff. de lib. & posthu.* & Ruin. *in l. Gallus. §. & quid si tantum. nu. 4[illegible]. eod. tit.* sed debuit citare *n. 71.* idem respondit aduersus Old. Menoch. *cons. 412. n. [illegible] lib. 5.* vbi citat Alciat. *lib. [illegible] n. [illegible]* præsertim [illegible] reprobantem Old. [illegible] Aret. [illegible] de hac quæstione [illegible] qui [illegible] casus [illegible] agnatis [illegible] stantibus iis, quæ in prima & secunda quæstione conclusa sunt.

Quarta quæstio est dato, pacta posita in pactis dotalibus valeant in vim fideicommissi, quasi videlicet filius vltimo defunctus, & [illegible] posthumus ille rogatus fuerit per fideicō[missum] [re]stituere hereditatis suæ portionē partim matri, partim [illegible] agnatis, an [illegible] locis detractioni legitimæ & Trebellianicæ. Respondemus † omissa disputatione in vtramq; partem locum 37 esse dictis detractionib. ex [illegible] *de test.* q[uæ] sententia seruatur etiam in [illegible] Imperii, & [illegible] vbiq; recepta est, vt late per Soc. *lib. [illegible] in fin. lib.* An[illegible] Gail *lib. [illegible] obser. 12[illegible].* vbi plures [illegible] & M[illegible] *§. Trebellian. qu. 4.* ad quos breuitatis causa nos [illegible], & ita concludimus [illegible] posse [illegible] defuncti [illegible] est heres, [illegible] n. sunt remoti [illegible] *de her. ab int.* [illegible] detrahere legitimam & Trebellianicam quæ illa non [illegible] in [illegible] fideicommissi.

Quinta quæstio est an aliquo excipere possint agnati aduersus detractionem Trebellianicæ, & in hoc videbatur [illegible] excipere [illegible] quod non [illegible] lib. ita [illegible] est, vt hereditas filii [illegible] diuideretur, & vna pars ad matrē [illegible] propinquiores cognatos rediret, q[illegible] non pot[illegible] ex persona [illegible] Trebell. ideo [illegible] Trebellia-38 nicæ detractio, quod [illegible] vt [illegible] post alios Gabr. *[illegible] ad Treb. [illegible] n. 4. 5. 6. 7. 8. 9.* Mant. *de coniect. vlt. volunt. lib. 7. tit. 12.* Gr[illegible] *§. Trebellia. n[illegible] q. 8.* Secundo [illegible] † posse [illegible] 39 impetrari, licet [illegible] Trebellian[illegible] *C. ad Treb.* [illegible] imputari [illegible] videtur, quia [illegible] filius [illegible] quartas, hæc legitimā & Trebellianicam [illegible] Cast. *in l. sciemus. C. de inoff. test. & cons. 188. lib. 2.* Alex. *in l. [illegible] §. [illegible] ff. ad Treb.* Cephal. *cons. 153. n. [illegible] lib. 2.*
Tertio [illegible] fortasse inuentum [illegible] non est, quo casu [illegible] responderunt locum nō esse † detra-40 ctioni Trebellianicæ, auctoritate Nouel. *de hered. & falc.* argumento sumpto de falcidia ad Trebell. Caccher. *dec. Ped. n. 147.* Vasq. *de success. creat. li. [illegible] 8 n. 14.* Par[illegible] *cons. 1. [illegible] 375 [illegible] 1* Menoch *cons. 272 [illegible] 81 [illegible] 3.*

Verum [illegible] non obstantibus contrarium [illegible] cenditur, nimirum istas exceptiones [illegible] Trebell. detractionē. Nā secundum communem & veriorem sententiam Trebellianicæ † detractio [illegible] prohiberi 41 potest, vt videre licet et Gabr. *lib. 4. tit. ad Treb. concl. 1. num. 4.* Grat. *§. testamentum. q. 62. num. 5.* quæ sententia proba-

probatur primum ex *l. si vt allegas. Cod. ad Trebell.* & ex iuris regula quod nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest. de leg. 1.*

Secundo quia in Trebellianicam fructus non im-
41 putantur, cum † versamur in liberis primi gradus, *l. iubemus. C. ad Treb.* & id locum habet, etsi simul cum legitima etiam Trebellianicæ detractio fiat, quod, probatur auctoritate, *d. c. Raynutius de testam.* quatenus ibi dicitur fructus in Trebellianicam non imputari, nisi à tempore litis contestatæ, & ita docuerunt Bartol. & Alexand. *in l. quod de bonis. §. quod accus. ff. ad legem Falcid.* Couar. *in d. c. Raynutius. §. 11. num. 8.* Menoch. *de arbitr. iud. casu 256. num. 35.*

Tertio quia nec etiam amitti potest Trebelliani-
43 ca, licet quis † inuentarium nō confecerit, licet enim hæc fuerit olim magna controuersia, tamen hæc sententia magis recepta est, & iuri magis consona, cum nulla lex reperiatur quæ Trebellianicę beneficio heredem non cōficientem inuentarium priuet. Quod sit magis recepta hæc sententia, & alteri contrariæ præferenda in re valde dubia, ex eo constare nobis videtur, quod in Camera Imperiali sit recepta, teste Andr. Gail. *libr. 2. obseruat. 138.* Mynsinger. *centur. 3. obseruat. 60.*

Item in Rota Romana, vt patet ex Cassiodoro *titul. de testament. decis. 3. num. 6.* Nec non etiam consuetudine recepta sit teste Baldo *consil. 383. lib. 1.* Corneo *consil. 80. in 8. dub lib. 4.* Socin. Iunior. *consil. 137. libr. 1. & 88. lib. 4.* & Aufrerio *ad Capellam Tholosanam decis. 314.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustrissimo & Reuerendissimo D. Episcopo A.

ARGVMENTVM CONSILII XIV.

De feudo emptitio, an possit in eo fœmina succedere, vel ex ea descendentes, & an Dominus ad quem feudum est reuersum, possit propria auctoritate accipere, & de fructibus pendentibus in feudo post deuolutionem.

SVMMARIA.

1 *Feudum emptitium transit ad heredes proximiores vasalli, sicut cætera bona allodialia.*
2 *Siue feudum à Domino fuerit emptum siue ab alio.*
3 *Fœmina succedit in feudo emptitio.*
4 *Filii descendentes ex fœmina ad feudum admitti possunt ex propria persona.*
5 *Dominus ad quem feudum reuertitur, tenetur aliis proximioribus concedere.*
6 *Etiamsi vellet pro se retinere.*
7 *Fœminæ in feudo non succedunt, nec descendentes ex eis.*
8 *Cum principalis causa non subsistit, nec valent ea quæ sequuntur.*
9 *Fœminæ in feudis non succedunt.*
10 *Feudum censetur masculinum, quando iuramentum fidelitatis est præstandum.*
11 *Recognitio facta à vasallo probat contra eum.*
12 *Et contra eorum heredes.*
13 *Feudum masculinum esse probatur ex eo, quod masculis tantum concedi solitum fuit.*
14 *Fœmina semel exclusa ob existentiam masculi semper est exclusa.*
15 *Feudum emptitium non transire ad fœminas multi docuerunt.*
16 *Feudum emptitium ex pacto regulari debet, secundum naturam feudi.*
17 *Fœminæ in feudo non succedunt masculis existentibus, licet mixtum sit pro fœminis & masculis.*
18 *Dominus ad quem feudum reuersum est, potest de eo libere disponere.*
19 *Nisi velit aliquibus concedere, quia tunc tenetur dare proximioribus defuncti.*
20 *Nemo potest sibi ius dicere.*
21 *Dominus non potest emphyteusi ad eum reuersa possessionem propria auctoritate apprehendere.*
22 *Requiritur enim sententia declaratoria.*
23 *Sed contra ibidem quod possit.*
24 *Dominus habet ciuilem possessionem feudi, cuius vigore potest naturalem apprehendere.*
25 *Præsertim vbi nulla sit ei de facto resistentia.*
26 *L. clam possidere. §. qui ad nundinas. de acqu. poss. expenditur.*
27 *Dominus non potest auctoritate sua possessionem apprehendere emphyteusis deuoluta ob canonem non solutum.*
28 *Fructus pendentes feudo deuoluto, quomodo diuidendi inter Dominum & heredes vasalli.*
29 *Text. in §. his consequenter. tit. hic finitur lex Corradi, vna interpretatio.*
30 *Alia interpretatio.*
31 *Lex dura est seruanda, nec licet de ea disputare.*
32 *Verus & communis intell. d. §. his consequenter.*
33 *Liber feudorum allegari potest ad decisionem causarum.*
34 *Controuersia inter Dominum & vasallum, quando coram paribus curiæ agitanda.*
35 *Fructus sunt res allodiales.*
36 *Causæ quæ coram Camera Spirensi in prima instantia cognosci possint remissiue.*
37 *Imperator cognoscere potest causas viduarum & pupillorum.*
38 *Fructus petuntur hereditatis petitione.*
39 *Heredi ab intestato datur officium iudicis pro consequendis bonis hereditatis.*

Iesu Christi Redemptoris nostri auxilio implorato.

GRaues sane ac difficiles nobis esse videntur quæstiones, quæ ex proposita facti specie, & ex his quæ in actis & inuestituris continentur, oriuntur. Quamobrem diligenti studio omnia perpendimus atq; examinauimus. Et quid pro iustitia & æquitate statuendum esse nobis videatur, breuiter ad singulas quæstiones respondendo subiiciemus. Prima quæstio est, an post mortem A. K qui ex linea G. K. vltimi vasalli descendit, feudum A. Episcopo A tanquam directo Domino apertum sit, an vero ad proximos A. heredes, nepotes scilicet ex sorore pertineat.

Videbatur nobis prima fronte respondendum dictum feudum A. non esse apertum Episcopo A. sed ad nepotes ex sorore dicti A. heredes proximiores pertinere sequentibus argumentis.

Primo, quia feudum de quo agitur fuit pecunia comparatum. Etenim Anno 1506. G. K. illud emit à G. C. precio conuento, & sic huiusmodi feudum est empritium. Atqui feudum emptitium non habet propriam naturam feudi, quia non est gratuitum, sed regulatur ad instar aliorum bonorum allodialium & hereditariorum, ita, vt quemadmodum cætera bona allodialia, & libera ad proximiores heredes vasalli defuncti transeunt, siue masculos, siue fœminas, ita etiam huiusmodi feudum emptitium
1 ad heredes proximiores † vasalli defuncti transire debeat, siue masculi sint heredes, sine fœminæ. Ita scribunt Isernia *in capit. 1. §. prat. rea. in fine. de capitulis Corradi.* Romanus *in consil.* 367. *numer* 18. Decius *consil.* 269. *num.* 4. Brunus *consil.* 11. *nu.* Clar. *in §. feudum. quæstion.* 73. *versicul. sed quid in feudo empto.* multi alii quos refert & sequitur Tiberius Decianus *in consil.* 85. *numer.* 49. *libr.* 2. & post eum Iacobus Menochius *in consil.* 498. *numer.* 15. 16. *& sequentib. libr.* 5. Et dicti in locis Decianus & Menochius ex communi Doctorum sententia quos citant, id procedere tra-
2 dunt † siue feudum emptum sit à domino siue ab alio cum consensu domini, & dicit Menochius vbi feudum precio comparatum est, id censeri subrogatum loco precii & pecuniæ, exceptis pactis expressis in ipso contractu & concessione à Domino facta.

Cum ergo in casu nostro nullum extet expressum pactum, quomodo succedere debeant descendentes G. K. cui feudum ab Episcopo A. concessum est, sequitur dicendum obseruandum esse illud ius, quod in bonis simpliciter hereditariis obseruari solet, & consequenter dictum feudum ad heredes proximiores nepotes scilicet ex sorore, vna cum aliis bonis allodialibus & hereditariis transire debere videtur.

Secundo, quia magis communiter receptum vi-
3 detur fœminam succedere posse in feudo † emptitio, sicuti testatur Iulius Clarus *in dicto §. feudum. quæstion.* 73. *versicul. sed quid in feudo emptor.* & post eum Decianus & Menochius *locis proxime citatis.* Quo præsupposito stante, sequitur feudum præsens non esse masculinum, sed mixtum æque ad masculos, sicut ad fœminas transitorium. Consequenter licet fœmina semel exclusa videretur perpetuo exclusa, ita vt masculis deficientibus, succedere non posset, secundum communem Doctorum sententiam: filii tamen ex ea nati & descendentes à primo vasallo ex
4 propria † eorum persona admitti debent. Ita respondit Olasc. inter *consilia vltimarũ voluntatum noue edita. consil.* 138. *numer.* 32. qui pro sacra Regia Catholica Maiestate, & serenissimo Duce S. censuit illos esse admittendos, ad successionem regni Lusitani, quanquam nati sint ex fœminis iam exclusis, cum non ex repræsentatione matrum suarum, sed ex propria eorum persona, & iure suo succedere possint, refert & sequitur Iacobus Menochius *consil.* 331. *num.* 62. *libr.* 4.

Tertio & vltimo quia dato, quod feudum esset deuolutum & apertum Domino Episcopo A. quia tamen nepotes isti ex sorore A. defuncti, eiusque heredes proximiores, sunt ex descendentibus dicti
5 A. tenetur Dominus † eis idem feudum concedere ex æquitate, & non concedendo, dicitur eis iniuriam facere, propter quam ad superiorem magistratum confugere possunt, *argument. l. 1. §. permittitur. ff. de aqua quotidian. & æstiua.* & ibi Bartolus ita docet, cuius sententiam secutus est Iason *in l.* 2. *num.* 22. *Cod. de iure emphyt.* Decius *in consil.* 131. Ripa *in l.* 1. *ff. de priuilegiis cred.* Et multi alii quos refert Antonius Gabriel. *commun. conclus. tit. de emphyteut. conclus.* 1. Et est communis sententia, vt testatur Augustinus Berous *consil.* 57. *num.* 51. *libr.* 1. Ioann. Cephalus *consil.* 173. *num.* 1. *lib.* 2. Iacobus Menochius *consil.* 331. *nu.* 63. *libr.* 4. & illi docent, id procedere † quanquam Dominus 6 velit pro se retinere feudum, quia semper dicere posset Dominus, se velle pro se feudum apertum retinere. & sic vix vnquam habere locum dicta doctrina, idem docent alii ab Andr. Gail. citati *libr.* 2. *pract. obser. cap.* 148. *num.* 2. 3.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam veriorem esse existimauimus, nimirũ feudum de quo agitur, deuolutum esse ad Dominum Episcopum A. per mortem A. vltimi eius vasalli, & propterea posse Episcop. prædictum huiusmodi feudum pro se & Ecclesia sua retinere, nec teneri id illud concedendum nepotibus ex sorore dicti A. defuncti, quanquam si vellet illud eis concedere ex benignitate, id eũ facere posse credimus, & non dubitamus.

Hanc nostram sententiam & conclusionem probamus argumentis sequentibus.

Primo tamen præsupponendo vnum in iure satis liquidum & exploratum, nimirum hanc esse bonam consequentiam & iurib. feudalibus consentaneam atque conformem, quod vbi fœmina descendens non est capax feudi, tunc † nec eiusdem fœmi- 7
næ filii sunt capaces. Illam consequentiam facit textus *in capit.* 1. *§. hoc autem. de his qui feudum dare possunt,* vbi ita dicit: *hoc autem notandum est, quod licet ita vt masculi patribus succedant legibus tamen à successione feudi remouentur, fœminæ & earum filii, nisi specialiter dictum sit, vt ad eas pertineat.*

Eandem consequentiam passim forment & admittunt Doctores omnes, Speculator *titul. de locato. §. nunc aliqua. quæst.* 146. Et ibidem Baldus *in annotationibus.* Idem Baldus *in authentic. si qua mulier in fine. Col. de sacrosanct. Eccl.* Robertus de Saluçes *consil. Baldi. col. 5. ... per quo. volum. libr.* 5. Angelus *consil.* 321 ... *col. n.* 2. Castrensis *consil.* 146. ... *col. n. vlt. & consil.* 190. *nouiter col.* 2. *libr.* 2. Castrensis, Alexander, Socinus & Iason, *in l. falsus §. ... ff. de lib. & posthumis* Alexand. *in l. ex facto. §* ... Ripa *num.* 3. *ff. ad Trebell.* Socinus *in l. cum auus num.* 84. *ff. de condit. & demonst & consil.* 252 *col.* ... *confirmatur ista conclusio. libr.* 2. Guido Papæ ... Iason *in l.* 2. *num.* 206. *Cod. de iure emphyt.* Idem inter consilia Bruni *consil.* 9. *colum.* 3. Decius *consil.* 239. *col.* 2. Socinus Iunior *consil.* 30. *numer.* 4. *libr.* 1 Rubeus Alexandrinus *consil.* 15. *numer.* 4. Alba. *consil.* 8. *num.* 7. Franciscus Becius *consil.* 1. *nu.* 35. Iacob. Menoch. *cons.* 443. *num* 81. *lib* 5.

Cuius sententiæ illa est ratio manifesta, quia destructo antecedenti † cadit & consequens: & cum 8
principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum habent, vt dicebat ... *in epitome feudorum. parte octaua. num.* 59. vel quia vt dicebat Curtius Iunior *in tractat. de feudis primæ partis tertia partis num.* 1. filii nascuntur ex radice infecta, hoc est, ex fœmina incapace, vnde infectum est omne quod ex ea descendit.

Hoc præsupposito ita stante, sic probari potest conclusio nostra. Huius feudi de quo agitur, soror A. defuncti capax non est, neq, in eo succedere potest: ergo nec filii eius succedere possunt. Consequenter dictum feudum ad Dominum reuertitur.

Quod

Quod autem dicta soror A. defuncti succedere non possit in huiusmodi feudo, probatur ex eo, quia feudum istud est masculinũ, hoc est, eius naturæ, vt in eo succedere possint filii masculi, non autem fœminæ.

Quod sit masculinum & huius naturæ & qualitatis, vt in eo filii masculi, non autem fœminæ succedant, probatur sequentibus argumentis.

9 Primo, quia iuris est regula, fœminas † in feudo non succedere, *d.c.1.§ hoc autem.de his qui feudum dare possunt, & in c.1.in fine, de feudo Marchiæ.* Hanc esse iuris regulam, tradunt Roman.*cons.*367.*n.*12. Iason *in cons.* 114.*col.*1.*lib.*1. Decius *cons.*139.*col.*2.*&* 370.*n.*1. Curtius Iunior *cons* 21.*nu.*7.*& in tract feudorum, in tertia part.n.* 1. Socin. Iunior *cons.*65.*nu.*2.*lib.*1. Thomas Marinus *in commentar. feudor.tit.*11. vbi quamplures adfert rationes, propter quas fœminæ regulariter ad feuda non admittuntur. Et ideo in dubio feudum censetur masculinũ, Dec.*cons.*517.*n* 5 Soc. Iun *d.cons.*65.*nu.*1. Francisc. Becius *cons.*101.*n.*34 & late Zas.*cons.*11.*lib.*1.*& cons.* 8.*libr.*2. & multi alii quos consulto prætermittimus, cum propositio sit satis perspicua & indubitata.

Secundo, quia in literis inuestituræ factæ ab Episcopo A. in fauorem G K. ex quo & A. defunctus nuper vasallus descendit, & isti nepotes ex sorore eiusdem A expresse continetur, vt dictus G. ea omnia facere teneatur, ad quæ vasallus suo domino ratione feudi de iure tenetur, sicuti & in antiquis inuestituris exprimitur, ꝙ istud feudum sit rectum: Ergo huiusmodi feudum masculinum esse cẽsetur, nec vllo mo-

10 do ad fœminas transitoriũ; quoniam fœminę † & iuramentũ fidelitatis & cætera facere nõ possunt, quæ de iure tenetur facere vasallus. Alex.*cons.*9.*nu.*6.*lib.*5. Dec.*cons.*139.*in fine.* Brunus *cons.*41.*num.*4 Zasius *dict. cons.*11 *lib.*1.*&* 8.*lib.*2.

Tertio, quia præsupponitur I. K. confessum esse ac recognouisse in suis reuersibus dictum feudum esse masculinum, id quod allegatum est ab iis Sentarotibus qui nomine Episcopi A. mortuo A. huius feudi possessionem acceperunt tanquam aperti & deuoluti. Hoc si verum est, non enim nos cõfessiones istas & recognitiones vidimus: ex eis plane constar feudum esse masculinum & consequenter ab eo fœmi-

11 nas exclusas esse. Confessio enim & † recognitio vasalli probat contra eum ex traditis per Bartol. *in leg. cum falsa. num.*8.*C.de iuris & facti ignorantia.* Guid. Papæ *decis.*272. Decium *in l.*1.*num.*26.*& in l traditionibus. num.*6.*in fine. C.de pactis.* Ruinum *cons* 128 *num.*5.*libr.*2.

12 Zas.*d.cons.*8.*lib.*2. & consequenter etiam contra † eius heredẽ, qui non possunt defuncti factum impugnare, *l. cum à matre. Cod. de rei vend.* Ruinus *consil.*208.*nu.* 14.*libr.*1.

Quarto probatur conclusio nostra ex antiquis inuestituris, & longa consuetudine ecclesiæ A inuestiendi semper masculos de hoc feudo, quando quidem ab Anno 1367. quo L. C. fuit inuestitus continuatis temporibus vsq; ad Annum 1588. quo A. vltimus vasallus mortuus est, absq; filiis, semper apparet

13 masculos † inuestitos fuisse, fœminas vero nũquam, ex quo sequitur sumendam esse hanc interpretationem vt feudum sit masculinum, non autem fœmininum, vt argumentantur Iason *in l. si quis à patre.* § .1. & ibidem Zasius *de leg.* 1. Ruinus *consil.*40 *num.*11. *libr.*1. Curtius Senior *consil* 66.*colum.*14. Brunus *consil* 11.*nu.* 4. Curtius Iunior *in tractatu feudorum. in tertia parte. in* 8.*limitat.* & egregie Franciscus Duarenus *in tractat. feudorum. capit.*10.*numer.*8. alios refert Thomas Marinus *in tractat feudorum. titul. de feudo materno seu fœmin. numer.*29. Iacobus Menochius *consil.*543.*numer.* 59.*lib.*5.

Quinto & vltimo, quia quando feudum est concessum pro filiis masculis & fœminis, & sic in longe fortioribus terminis, magis tamen communi et receptum est, vt fœmina semel exclusa per existentiam masculi † perpetuo censeatur exclusa, ita vt mortuis 14 masculis, illa amplius admitti non possit, & consequenter nec eius filii *per text. in capit.* 1 §. *quin etiam. in tit. Episcopum vel Abbatem feudum dare non poss.* Bald *ibid. num.*3. Aluarotus *numer.* 3. Zasius *in epitome feudorum. parte* 8. *titul. de successione feud. numer.* 58. Andreas Gail. qui multos alios citat, dicens hanc esse communem opinionem *practic. obseruat. libr.* 2. *capit.* 148. *numer.* 1. *&* 2.

Ergo soror dicti A. defuncti, quæ semel exclusa est, per existentiam & successionem ipsius A. perpetuo remanet exclusa: consequenter hodie illa non esset capax, nec succedere posset in huiusmodi feudo: Igitur nec illius filii succedere possunt.

Quibus sic se habentibus non obstant argumenta in contrariũ allegata, quia quod attinet ad primum, quod feudum sit emptitium: respondemus tribus modis.

Primo illam traditionem quod feudum em. tum regulari debeat ad instar aliorum bonorum hereditariorum non esse satis solidam & verum, tum quia nullum habet fundamentum, in aliquo textu vel ratione concludenti, quando feudum emptum est ab alio, quam à Domino, tum quia multi non infimæ auctoritatis Iurisconsulti † contrarium do- 15 cuerunt, sicuti Afflictus *in cap.* 1. §. *& quia vidimus. num.* 23. *versic. nono. de his qui feudum dare possunt.* Brunus *consil.* 18. *numer.*9. *& consil.*108.*num.* 17. *versic. nec obstat.* qui communem esse testatur, Zasius *in epitome feudorum. parte* 12. *num.*21. *& consil.*8 *num.*22. *& num.*33.*lib.*2. Socinus Iunior *consil.*65 *num.*16 *lib.*1. & multi alii ab Antonio Gabriel. relati *commun conclus tit. de verbor. signif. conclus.*6.*num.*57.*& tit. de feudis. concl.*2. Menoch. *consil.* 391.*num.*36.*lib.*4.

Secundo, respondemus, dato, quod dicta sententia vera esset, feudum pecunia comparatum regulandum esse ad instar bonorum allodialium & hereditariorum; id tamen intelligendum est, nisi pacto expresso inter dominum & vasallũ aliud conuentum fuerit ita vt ex eo constet feudum concessum esse secundum rectam & propriam naturam feudi, tunc enim † regulari debet secundum natu- 16 ram feudi, ita docet Garzonius *in tractatu de fœminis ad feuda recipiendis vel non. in sexta restrictione*, ex sententia Curtii Senioris, Bruni & Parisii, & Dec. *consil.* 139. *in fine.* refert & sequitur Menochius *consil.* 391. *numer.* 28. faciunt quæ tradit Iulius Clarus post [illegible], §. *feudum. quæst.* 14.

Sed in casu nostro satis patet ex literis concessionis Episcopi A. feudum istud regulandum esse secundum veram & propriam naturam feudi; siquidem in concessione facta G. K. continetur, quod omnia facere teneatur ad quæ vasallus Domino ratione feudi de iure tenetur, idem & in aliis literis inuestiturarum continetur: & in aliquibus expresse dicitur istud feudum pro recto feudo concessum esse. Huc accedat quod vt præsupponitur pro parte Episcopi A. & A. & cæteri vasalli dederunt reuersum Episcopo A. eorum Domino, in quo fassi sunt feudum, de quo agitur, esse masculinum: Ergo ex his constat pactis contrahentium huiusmodi feudum habere naturam veri & recti feudi;

& consequenter non esse regulandum ad instar aliorum bonorum hæreditariorum & allodialium.

Tertio respondemus, dato quod in eiusmodi feudo emptitio fœmina succederet, & consequenter etiam eius filii, sicut in aliis bonis allodialibus succe-
17 dit: tamen id intelligendum † esset nullis masculis existentibus, etenim masculis existentibus fœminæ non succederent, sicut declarat Garzonius *loco preallegato.* & Brunus *d. cons. 18. num. 12* & post istos Menoch. *dict. consil. 191. num. 38. libr. 4.* Cum igitur masculi extiterint G. K. & inter cæteros A. qui vltimo loco feudum possidens mortuus est, sequitur dicendum, sororem dicti A. exclusam fuisse, tempore existentiæ masculorum, consequenter etiam nunc exclusam censeri, quia vbi feudum concessum est pro masculis & fœminis, existentibus masculis filia, vt dictum est, excluditur, & semel exclusa, perpetuo remanet exclusa vna cum eius filiis, vt supra dictum est ex communi Doctorum sententia, de qua per Zasium *in epitome feudorum parte 8. tit. l. de successione feudi. numer. 58.* Andreas Gail. *libr. 2. pract. obseruat. capit. 148. num. 1. 2.*

Non obstat secundum argumentum, quia illud procedit, quando feudum est masculinum & fœmininum, & sic mixtum pro masculis & fœminis concessum, tunc enim deficientibus filiis masculis, licet fœminæ non succedant, filii tamen earum succedere possunt, secundum aliquorum sententiam, contra quam tamen magis communis est in contrarium, quę docet filiam fœminā hoc in casu semel exclusam perpetuo exclusam censeri, vna cum eius filiis, sed hic non est noster casus, quia negamus feudum, de quo agitur, mixtum esse, atq; eius naturæ, vt in eo succedant masculi & fœminæ.

Non obstat id quod allegatur ad cōfirmationem, nimirum feudum esse emptitium, & cōsequenter in eo fęminas succedere. Quia vt proxime retulimus ea sententia non est vera nec tuta. Secundo non pcedit, quando ex inuestituris cōstat feudum esse rectum & concessum, secundum veram & propriam naturam feudi. Tertio quādo est masculinum, vt in specie nostra præsupponit Episcopus A. ex reuersis siue confessionibus masculorū. Quarto, quando masculi extiterunt, a quib. fœmina semel fuit exclusa, tunc enim illa semper remanet exclusa vna cum filiis suis & descendentib. vt declarant *Zas. de feudis parte 8. tit. de success. feud. n. 58.* And. Gail. *lib. 2. pract. obseru. c. 148. n. 1. 2.*

Ad tertium argumentum respondemus aduersus Bart. traditionem *in d. § permittitur.* multorum esse & quidem grauissimorum ICtorum sententiam, q. scil. feudo ad dominū reuerso ac deuoluto, nō teneatur
18 illud proximiorib. concedere, sed de eo † possit ad libitū disponere, & libere, cui velit, cōcedere, sicuti in feudo ecclesiastico est text. *in c. 2. ... tradit* Curt. Sen. *cons. 47. nu. 12.* & alii multi quos citat Andr. Gail. dicens, hanc esse veriorem sententiam, & vsu forensi receptam, *lib. 2. pract. obser. c. 148. post n. 3.* & late probat Franciscus Sarmientus *selectarum interpretationum, lib. 3. cap. 7.*

Deinde dicimus Bartoli sententiam procedere, si Dominus velit feudū aliis concedere, tunc enim æ-
19 quius esse videtur, vt illud potius † concedat cōsanguineis ac descendentib. vasalli defuncti, secus si velit feudum pro se retinere, & nemini concedere, quia id facere potest cum feudum ad eum sit deuolutum, Zas. *cons. 8. n. 44. lib. 2.* Benintendus *decis. 19.* alios citat Anton. Gabr. *communium conclus. tit. de iure emphyteut. conclus. 1. num. 14.* Et hæc de prima quæstione.

Secunda quæstio est, vtrum si feudū esset apertum D. Episcopo, potuerit illud statim post mortem A. propria auctoritate apprehendere & occupare, non attenta propinquorum protestatione.

Et videbatur nobis prima facie respondendū non potuisse. Primo quia nemo † potest sibi ipsi ius dice- 20
re, *l. non est singulis ff. de reg. iur. toto tit. C. ne quis in sua causa iudicet, aut sibi ius dicat.*

Secundo, *per text. in l. creditores C. de pignorib.* ibi attamen auctoritate pręsidis possessionem adipisci debent, *& l. in rebus. Cod. de iure dotium. iuncta l. dotis. Cod. solut. matrim.*

Tertio auctoritate eorum, qui in specie affirmarunt, emphyteusi ad dominum deuoluta, eum non 21
posse auctoritate propria eius possessioné apprehendere. Ita enim docuerunt Petrus & Cynus *in l. 2. C. de iure emphyt.* Rodulphus de Lomandnis inter consilia Petri Anch. *cons. 174. n. 2.* Berous *cons. 49. nu. 24. lib. 3.* Alberic. qui dicit hanc esse communiorem & veriorem *in d. l. 2. col. 1. C. de iure emphyt.* quam etiam amplectitur ibi Salyc. *nu. 1.* Paul. Cast. *in d. l. ...* Addentes ad Alex. *cons. ... n. 18. lib. 3.* vbi dicunt hanc sententiam iustiorem esse & de consuetudine efectuari in Parlamento Delphinali, teste Guid. Pap. *d. ... 107.*

Et quamuis multi contradicant, quando emphyteusis ad Dn. reuersa est, propter canonem non solutum, vbi tamen ob generationem finitam prætendit prælatus ad se reuersam † esse possessionem, accipere 22
non potest nisi pręcedat sententia declaratoria, sicut ex sententia Rotæ Rom. & aliorum docet Hieron. Gabr. *cons. 88. num. 23.*

Verum istis & similib. non obstantibus, cōtrariam sententiam tanquam veriorem iuriq; ac iustitiæ magis consentaneam amplexi sumus: videlic. Episcopo A. feudi domino licuisse † propria auctoritate feudi 23
possessionem accipere, quemadmodū fecit non obstante protestatione prędicta sicuti in feudo respondit fere in terminis, Zas. *in cons. 1. nu. 14. lib.* ... *cons. 19. nu. 6.* Et in emphyteusi Crauet. *cons. 18. nu. ... & cons. 301. col. fin.* Dec. *cons. 146. nu. 7.* Ias. *in l. 2. n. ... C. de iure emphyt.* Iul. Clar. *§ emphyteusis. q. 44.* & alii quos refert & sequitur Iol. Lud. *decis. Perusin. 17. n. 8. ... in 1. part.*

Quorum sententiam quicquid aliqui contradicat in terminis feudi & emphyteuseos veriorem esse & communiorem existimauimus tum quia, vt dicebat Zasius, dominus † ciuilem dicitur habere posses- 24
sionem feudi, vt tradit Gloss. communiter recepta *in l. 3. § ex contrario ff. de acqu. poss. ff.* & consequenter vigore ciuilis possessionis potest naturalem apprehendere, *iuxta l. clam possidere. § qui ad nundinas. ff. de acquir. poss. ff.* tum quia feudo deuoluto ad Dominum nō possunt heredes Vasalli in eo succedere, nec vllum in eo ius habent, itaq; nulla eorum citatione opus est, quippe qui etiam citari actum impedire non possent, *l. g. qui potest inuitis. ff. de reg. iuris.*

Huc accedit quod cum isti heredes succedere non possint, & id notorium & manifestum sit, quia non sunt filii A. sed nepotes ex sorore, quæ succedere non potest, vt dictum est, notorius iste defectus impedit, ne in possessorio aliquid allegare possint, quo magis restitui eis debeat possessio, & contra apprehensionem possessionis ab Episcopo A. factam, aliquid dicere non possit, vt tradit Crauet. *in cons. 199. col. vltim.* Dec. *cons. 449. nu. 20.* & alii, vt per Menoch. *de recuper. remed. 15. num. 667.*

Nec prædictis obstat protestatio facta per cognatos A. non enim istis protestando factis ipsis testibus hominibus Episcopi A. quo minus possessionem accipe-

accipeterent, sed tantum verbis declararunt se non
25 consentire in præiudicialibus. Vnde cum † resistentia eis facta non fuerit, ita vt scandalum aliquod oriri possit, possessionem Episcopi nomine ad quē feudum deuolutum fuit accipere potuerunt, vt dicebat Crauetta *in d. cons* 302. *col. fin.* & Zasius *in d. cons.* 11. *in fine lib.* 1.

Non obstant argumenta in contrariū, quia quod attinet ad primum neminem posse sibi ius dicere, atquo authoritate propria possessionem apprehendere, respondemus id regulariter verum esse, quemadmodum in creditore respectu pignoris, & muliere soluto matrimonio respectu dotis, loquuntur leges allegatæ: & alias regulam veram esse fatemur. Cæterum id non procedit in quæstione nostra, propter ciuilem possessionē quam habet dominus feudi, cuius vigore naturalem ab alio occupatam apprehendere potest. *vt in dicta l. clam possidere.* §. *qui ad nundinas. ff. de acq. possess.*

Nec obstat si dicatur *illum* §. *qui ad nundinas.* loqui, quando is, qui † naturalem possessionem detinet, de facto eam detinet, & iniustum principium habet, quod de emphiteuta dici non potest, cum is iustū habeat suæ possessionis initium, vt dicebat Iason *in dicto* §. *qui ad nundinas. n.* 24.

26 (margin number beside the line beginning "qui, quando is")

Quia etiam in casu nostro isti heredes A. si feudi possessionem occuparunt post A. mortem, id absq; titulo & nullo iure fecerunt, cum feudum esset iam deuolutum & apertum domino, & quamuis initium possessionis A. & aliorum vasallorum iustum esset, quoniam eis feudum concessum fuit, initium tamē possessionis istorum heredum iniustum fuit, & nullo iure munitum. Itaque nil prohibet quominus Episcopus potuerit authoritate propria possessionem apprehendere, vt dictum est.

Non obstat authoritas & traditio eorum qui dixerunt emphyteusi ad dominum reuersa, non posse dominum authoritate propria eius possessionem accipere. Quia in contrarium est magis communis & verior doctorum sententia vt dictum est.

Deinde allegati doctores loquuntur, vbi emphyteusis est deuoluta & reuersa ad dominum propter
27 canonem non solutum, tunc enim † non videtur licere domino propria authoritate rem emphyteuticam accipere, quia viuit emphyteuta cui res concessa fuit, qui naturaliter possidet & iustum habuit initium suæ possessionis, vt dicebat Iason *in d.* §. *qui ad nundinas*, merito dominus non potest propria authoritate eum spoliare possessione, præsertim quia potest se tueri aliquibus exceptionibus negando se canonem non soluisse, vel se excusando aliqua iusta ratione, ita vt res effici possit dubia, secundum quod declarat optime Aurelius Corbulus. *de iure emphyteu. prope finem. q.* 11.

Sed in specie nostra secus est. constat enim mortuum esse A. & feudum esse reuersum ad ecclesiam, vnde nec res est dubia, & heredes dicti A. occupare nō possunt feudi possessionem, aut aliquid opponere, ex quo res efficiatur dubia & incerta, aut allegare initium possessionis ipsorum esse iustum, merito dicta traditio doctorum ad speciem hanc nostram accommodari non potest.

Non obstant tradita per Hieronymum Gabrielium *d. cons.* 88. *n.* 23 quia is allegat Afflictum *decis.* 97. qui non loquitur in specie nostra, sed de domino propria authoritate apprehendēte possessionem rei emphyteuticæ ab emphyteuta in emptorem translatæ. Nam cum emptor ex propria persona multas exceptiones opponere possit, non debet de facto spoliari sua possessione. Hic casus longe differt ab hoc nostro, quia heredes A. non sunt singulares successores ex titulo emptionis, qui ex persona sua possent aliquas exceptiones opponere, sed sunt heredes A. defuncti.

Allegat præterea idem Hieron. Gabriel. decisionē Rotæ Romanæ manuscriptam, quæ cum in fonte videri non possit, & quibus in terminis loquatur cognosci nequeat, non est attendenda, præsertim contra communem doctorum sententiā, & contra euidentes rationes supradictas. Et hæc de secunda quæstione.

Tertia quæstio est, posito, quod feudum sit apertum Domino Episcopo A. & quod ei licuerit propria authoritate illud accipere, an non vtilitates, pensiones fructus & reditus, qui anno 1588. in hoc feudo reperiebantur, partim vero adhuc percipiendi erant, secundum communiorem & principaliorē doctorum sententiam, & sic de iure, memoratus Episcopus, qui eosdem fructus occupauit restituere eos teneatur, quandoquidem sæpe dictus A. mortuus fuerit die 7. mensis Septembris, dicti anni 1588.

Huius quæstionis determinatio ac definitio videtur nobis pendere à recta intelligentia ac interpretatione textus, *in c.* 1. §. *hic consequenter. tit. hic finitur lex Corradi, deinde consuetudines regni incipiunt.* Cuius hæc sunt verba. *Hic consequenter dicitur, quod si vasallus decedat sine herede † masculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, sic distinguitur. Quod si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes ad dominum pertinebunt, si vero post Kalendas Martii vsque ad Augustum, omnes fructus qui interim percipientur ad heredes vasalli pertineant. Si vero post Augustum, omnes fructus anni percipiet dominus. Quidam tamen dicunt quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.* 28

Tres principales circa hunc textū doctorum sententias esse animaduertimus. Prima est eorum sententia, qui ita illum intellexerunt ac interpretati sunt, quemadmodum verba sonant, ita vt moriente vasallo post mensem Augusti omnes fructus anni dominus percipiat, ita interpretati † sunt illum tex- 29
tum Baldus & Iacobus de Belui. ita etiam simpliciter distinxit Petrus de Ferrariis *in sua pract. in forma libelli, quo agitur ad restitutionem feudi. in vers. nec superstit. n.* 16. Et si hic intellectus locum haberet, sine dubio contra heredes A. pronunciandum esset, nimirum omnes fructus dicti anni 1588. ad Episcopum A. non autem ad ipsos heredes pertinere.

Sed iste intellectus non videtur nobis recipiendus. Primo, quia ille textus sic intellectus nullam haberet rationem, sicuti Baldus fatetur, quanquam conetur aliquam rationem adferre. Secundo quia alia est communior & verior interpretatio, quam tertio loco adferremus.

Secunda est opinio, distinctionem huius textus 30
circa † fructuum diuisionem inter heredes vasalli defuncti, & dominum ad quem feudum est reuersum faciendam, non esse iustam & æquam: & propterea non esse attendendam, sed potius attendendam esse distinctionem, quæ fieri solet inter heredes vsufructuarii & dominum proprietatis, mortuo vsufructuario. ita Ancharanus *cons.* 193. Isernia *in d.* §. *hic consequenter. col.* 2. Albericus *in l. defuncta. ff. de vsufructu.* Moderni Parisienses *in consuetud. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *Glo* 8. *nu.* 11. quos citat & sequi videtur Didacus Couaruu. *variar. resol. lib.* 1. *cap.* 15. *nu.* 14. *vers. præterea non est omnino.*

Qui quidē intellectus si reciperetur, omnes fructus pendentes mortuo vasallo spectarent ad dominum, ita tamen vt pensiones, quæ debentur ratione fructuum qui ante obitum vasalli percepti sunt, ad ipsius vasalli heredes, non autem ad dominum pertineant iuxta præclaratam distinctionem *d. l. defun. 2a. ff. de vs. fr.*

Cæterum iste intellectus non videtur nobis solidus ac omnino securus, tum quia non licet à textibus recedere, qui sunt ita approbati, & secundum quos ius redditur. *iuxta l. prosp xit. ff. qui & à quib.* ibi
31 lex durat quidem est, seruanda tamen est: nec licet de lege posteaquam scripta est iudicare, sed secundum ipsam iudicare oportet, vt dicebat D. Augustinus, relatus *in c. erit autem lex 4. dist.* Tum quia vt statim referemus, alia extat communis interpretatio, per quam apparet, æquam esse & iuri consentaneam distinctionem *d. §. hic consequens* vt merito illi sit inhærendum in fructibus diuidendis inter dominum & heredes vasalli, relictis illis distinctionibus, quæ in aliis terminis loquuntur.

Tertia igitur est doctorum sententia, quam nos & communiorem & veriorem & sequendam arbi-
32 tramur, mortuum fructus † esse diuidendos, eo modo quo textus dicit: ita tamen, vt quod ait textus, mortuo vasallo post mensem Augusti, omnes fructus anni ad dominum pertinere, ita sit intelligendum, omnes fructus anni sequentis, non autem anni illius quo vasallus vita functus est, quia fructus illius anni quo vasallus mortuus est, etiam post vasalli mortem percepti vel percipiendi in mense puta Septembri, Octobri, vel Nouembris aut Decembris heredibus eiusdem vasalli manere debent. Hanc sententiam & interpretationem secuti sunt quinque clarissimi iuris consulti, & in materiis feudalib. maximæ authoritatis, Andreas Isernia, Aluarotus, Præpositus, & Afflictus *in commentar. ad dict. § hic consequenter* & Vldaricus Zasius *in epitome feudali part. 10. n. 109. vers. vltimo videndum de fruct.* Quam sententiam ac interpretationem duabus rationibus cōfirmant. Prima est ratio, quia nimis durum & iniquum esset, cum vasallus toto tempore illius anni agrum colere, & curare debuerit, eiusdem anni fructus non percipere, nec ad heredes eius transmittere, sed dominum eos lucrari, qui nihil egit. Altera est ratio, quia eodem textu constitutum est vasallo moriente post inchoatum mensem Martii fructus pendentes, & qui post mensem Martii percipiuntur ad heredes eiusdem vasalli pertinere: cum tamen non percipiantur, vt plurimum ante mensem Septembris, ergo eodem modo dicendum ac recipiendum est mortuo vasallo post mensem Augusti, fructibus pendentibus, sed qui tamen sunt illius anni, quo vasallus mortuus est, ad heredes eius spectare, non autem ad dominum, nulla certe ratio diuersitatis assignari potest.

Sequentes igitur cōmunem hanc interpretationem & sententiam dicimus, fructus, vtilitates, pensiones & reditus dicti anni 1588. quo A. è viuis decessit, ad ipsius heredes spectare, quamuis post Augustum mensem mortuus fuerit. & in specie id in pensionibus etiam procedere docent Afflict. Aluaro. & Præpositus, nec Isernia contradicit, licet contra aliquid argumentando proponat, vt animaduertit Afflictus *ad d. § hic consequenter.*

Nec quicquam obstare putamus id, quod Isernia *col. 2.* dixit, non esse sequendam illius textus distinctionem, nisi in iis locis, in quibus ea consuetudo est recepta, quia non continet legem sed consuetudinem. Tum quia cæteri omnes, Afflictus, Præpositus, Aluarotus & Zasius eam sequuntur cum interpretatione quam ipsemet Isernia probauit. Tum quia durum est contra stimulum calcitrare. consuetudines † enim in illo libro contento sunt approbatæ, ius faciunt in causis feudalibus, & ad decisionem causarum allegari possunt, vt dicebat Afflictus *ad rub. d. titul. hic finitur lex Corradi. &c.* & est communis sententia vt tradunt Curtius iunior *in tract. feudor. in 1 part. principali. q. 1.* Zasius *in præfatione tract. feud. vers. antequam.* Clarus in *§ feudum. q. 3.* vbi alios citat. 33

Quarta & postrema est quæstio, posito quod Episcopus vel ipsum feudum, vel saltē fructus restituere teneatur, coram quo iudice, & qua actione Episcopus conueniri possit.

Quod attinet ad feudum, non putamus esse operæ precium in eo laborare, coram quo iudice Episcopus conueniri debeat, quia iam conclusimus feudum esse deuolutum ad ipsum Episcopum, vnde non possunt heredes A. idemque consulentes nostri episcopum conuenire ad restitutionem feudi, sed possunt eius clementiam & benignitatem implorare, vt velit feudum eis concedere, siue in eorum personam inuestituram & concessionem renouare. Quia si Episcopus velit, sine dubio potest eis dictum feudum concedere, vt habetur *in c. 2. de feudo.* & supra etiam diximus.

Itaque prætermisso feudo, quod ad istud caput attinet, de fructibus verba faciemus, quos ad heredes A. defuncti, & sic ad consulentes nostros pertinere conclusimus. Atque de ipsis fructibus dico discutiemus. Primum coram quo iudice peti debeant. Secundo qua actione ad eorum restitutionem Episcopus, qui eos occupauit, conueniri debeat.

Quantum ad primum, non putamus coram paribus curiæ petitionem esse instituendam, licet enim, vbi est contentio inter dominum & vasallum super feudo, † pares curiæ sint eligendi, & corā eis disputandum *vt in c. 1. de controuersia inter Episcopum & vasallum, & in c. 1. de controu. feudi apud pares termi & alib.* id tamen verum est, si is qui cum domino litigat vasallus sit, & in eo qualitas vasalli reluceat, ita vt vel de inuestitura, vel de qualitate aliqua bonorum feudalium, vel certe de amissione feudi, aut de similibus incidentibus quæstionibus lis vertatur, sicut optime declarat Zasius *in cons. 8. num. 16. lib. 1.* 34

Sed in specie nostra heredes A. non sunt vasalli, nec ad eos spectat feudū ex successione, vt dictū est in prima quæstione. igitur coram paribus curiæ non est res agitanda, & causa cognoscenda.

Præterea hic non est controuersia super feudo, vel feudi qualitate, sed super fructibus qui ad nepotes A. pertinent, non vti vasallos, sed vti heredes ipsius A. quemadmodum loquitur text. *in d. c. 1 § hic consequent. tit. hic finitur lex Corradi, deinde consuetudines regni incipiunt.* ibi enim tractatur quemadmodum feudo iam aperto domino, fructus sint diuidendi inter heredes vasalli & dominum, & sic fructus hic sunt res † allodiales, non feudales, iuxta tex. *in c. 1. tit. an agnatus vel filius.* & notata per Boerium. *decis. 199. n. 7.* merito super iis instituenda actio non est coram paribus curiæ cognoscenda ac terminanda. 35

Secundo non existimamus tutum esse coram Camera Spirensi iudicium instituere, quia sumus in prima instantia, nec hic est vnus ex casibus, qui in prima † instantia coram Camera Spirensi proponi & tractari possunt, quos enumerat & explicat diligenter Andr. Geyll. *lib. 1. obser. cap. 1.* 36

Et licet

37 Et licet de causis viduarum † & pupillorum imperator immediate cognoscere possit & consequenter eius Camera Spirensis. *iuxta l. vnicam. C. quando Imper. inter pupill. & viduam.* & tradit Andr. Geyl. *d. obser. 1. num.* 40. tamen in præsenti causa id non putamus tuto procedere posse, quia si nepotes A. sint pupilli, non tamen sunt miserabiles & pauperes, ita vt in eis procedat priuilegium d. l. vnica. quod in pupillis diuitibus, nobilibus, & qui defensoribus non carent ex multorum sententia, non habet locum, vt refert Rolan. à valle *cons. 76. lib. 1.* Præterquam quod istud in Camera non obseruatur, nec viduis aut pupillis processus decernuntur omisso medio, nisi in casu denegatæ vel protractæ iustitiæ, vt testatur Andr. Gayll. loco proxime citato.

Putamus itaque causam istam cognoscendam esse, ac tractandam coram illis iudicibus, coram quibus Princeps Romani Imperii, qualis est Episcopus A. in prima instantia conueniri potest à nobilibus, ciuibus & aliis priuatis personis Imperio Romano mediate subiectis, quales existimamus esse nobiles istos consulentes, heredes scilicet A. vasalli. Quomodo autem conueniendus sit Princeps Romani Imperii, declaratur ex ordinationibus Cameræ Imperialis, siue ex recessibus Imperii, vt refert Andreas Gayll. *lib. 1. pract. obser. cap. 1. num.* 17. & rursus *cap. 120. n. 3.* vbi in specie loquitur, quomodo conueniri debeat princeps extraiudicialiter aliquem grauans, tanquam pars, non autem tanquam iudex.

Et hæc de iudice, coram quo Episcopus A. conueniri debet. Qua vero actione conueniendus sit, non putamus magnopere laborandum esse. Nam cum fructus isti pertineant ad heredes A. tanquam heredes, non autem ad Episcopum A. manifestum est Episcopum A. nullo iure occupatum fructus huiusmodi, & iustum aliquem titulum in eis non habere, cum sicut ceteræ res hereditariæ spectent ad heredes vasalli, nō ad ipsum. Poterit igitur cōueniri petitione hereditatis, quæ quidem actio datur heredi siue ex testamento, siue ab intestato, contra eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet: & dicitur pro possessore possidere, qui non habet titulum nec iustā causam possidendi, sed male & iniuste possidet. *l. 1. 2. 3. & l. regulariter. l. licet. ff. de petit. feudi.* &
38 in hoc iudicium petitionis hereditatis † veniunt omnes res tam corporales quam incorporales quę fuerunt defuncti tempore mortis: item fructus percepti & percipiendi. *l. item veniunt. §. item non solum. & §. fructus. ff. de petit. hered. l. siue bona fidei. §. vlt. cum l. seq. l. Ancill. in prin. §. vlt. ff. eod. l. sed & si lege. §. & si fruct. ff. eod.*

Sed & officium iudicis competit, quia iudex tenetur id quod iuri & æquitati consentaneum est executioni mandare. *iuxta l. si me & Titium. ff. si certum pet.* iuri autem & æquitati consentaneum est, vt fructus dicti anni quo vasallus mortuus est, ad eius heredes spectent vt supra dictum est, & alias heredes
39 ab intestato † succedētes officio iudicis in possessionem rerum hereditariarum, quæ scilicet ad eos pertinent, tanquam heredes defuncti, mittendos esse, quando non legitimo modo ab aliis possidentur, ad exemplum heredum ex testando succedentium. *iux. l. vlt. C. de edicto diui Ad. toll.* communis est omniū sententia, vt tradit Parisi. *cons. 22. n. 67. lib. 1.* Socin. iun. *cons. 75. n. 17. lib. 1.* cum aliis à Ioan. Cæphalo citatis. *cons. 30. nu. 16. lib. 1.* Atque ita iuris esse putamus, saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro nobilibus Germanis.

Argumentum Consilii XV.

De crimine feloniæ ob quod vasallus feudo priuari potest. De purgatione spolii. De iudice competente. De restitutione ex gratia. De actione iniuriarum. De iure quæsito ex causa tollendo & restituendo.

Summaria.

1 *Felonia quot testibus probanda.*
2 *Vasallus qui coacte & non sponte dominum offendit non incidit in pœnam.*
3 *Læsæ Maiestatis crimen contra quos committatur.*
4 *An committatur contra Principem inferiorem.*
5 *Committens crimen læsæ maiestatis an ipso iure bona sua amittat.*
6 *Vasallus feudo priuatur nisi causa cognita.*
7 *Ordo iuris non seruatur in notoriis.*
8 *Notorium vt aliquid sit multa requiri.*
9 *Notorium quid sit.*
10 *Condemnari quis non potest ex crimine notorio nisi notorium sit ei nullam competere defensionem.*
11 *Sententia est necessaria etiam in notoriis.*
12 *De eodem.*
13 *Criminale iudicium cessat post mortem delinquentis.*
14 *Heredes vasalli mortui non tenentur ex delicto vasalli, nec contra eos iudicium institui potest, exceptis tamen aliquibus.*
15 *Res inter alios acta aliis non nocet.*
16 *Heredes delinquentis non possunt molestari post quinquennium.*
17 *Vasallo delinquente feudum cui applicetur.*
18 *Vasallus ob crimen læsæ maiest. ipso iure feudo priuatur.*
19 *Sententia declaratoria delicti requiritur licet ipso iure priuetur quis, & in pœnam incidat.*
20 *Læsæ maiestatis crimen committitur etiam aduersus principes inferiores.*
21 *Confessioni qualificatæ statur contra confitentem.*
22 *Læsæ maiestatis crimen ex quibus actibus inducitur.*
23 *Feudum vasallo delinquente cui applicetur.*
24 *Metus & vis non præsumitur.*
25 *Vasallus ipso iure feudo priuatur absque sententia declaratoria vbi crimen est notorium.*
26 *Notorium delictum ordinem iuris non exigit.*
27 *Testes duo sufficiunt ad probandum crimē esse notorium.*
28 *Præscriptio temporis locum non habet in crimine læsæ maiestatis.*
29 *Exceptio rei iudicatæ vt obstet tria requiri.*
30 *Restitutio principis non trahitur ad bona in alios translata.*
31 *Fallit vbi fit ad publicam vtilitatem.*
32 *Et fallit quando fit ob pacem initam cum hostibus.*
33 *De eodem.*
34 *Actus nostri perficiuntur ex nostra voluntate & potestate.*
35 *Vtilitas publica præfertur priuatæ.*
36 *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*
37 *Restitutio principis facta cum clausulis pregnantibus extenditur ad bona in alium translata.*
38 *Expressum dicitur quod ex vi verborum colligitur.*
39 *Exceptio spolii non plene purgati quando obstet.*
40 *Spoliator non audiendus nisi fructus restituat, & alia.*
41 *Fallit quando fructus non sunt liquidi, si modo offerantur cum satisdatione.*

42 Con-

Iesu Christo redemptoris nostri præsidio humiliter implorato.

VIDIMVS ac diligenti studio perpendimus, & acta nobis transmissa, & quæstiones propositas. Quid autem iuri & æquitati consentaneum nobis videatur, pleno elaborato atq; consilio, vti postulatum à nobis est, respondendum putauimus. Prima quæstio hæc est. An Hambstidt id, quod in actis ipsi imputatur crimen læsæ maiestatis, vel etiam aliud huiusmodi crimen feloniæ vt vocant notorium, publicum actuque permanens commiserit, propter quod ipso iure feudo ceciderit, ad effectum, vt sciatur an illud Doctori Stophero rectè & legitime sit datum, dominiumq; eiusdem feudi in eum translatum, ita, vt actionem in rem fuerit consecutus, qua feudum vendicare possit. Vel an alio modo Doctoris Stopheri heredes ius in eiusmodi bonis, quorum indignum se fecit Hambstidt, & quæ postea auo consulenti fuere cõcessa habere, & repetere ab Hambstidt possint. Respondebimus huic quæstioni hoc ordine, vt primo afferamus argumenta, quibus persuaderi posse videatur Hambstidt crimen læsę maiestatis aut aliud crimen notorium, publicum, & actu permanens non comisisse, propter quod feudo ceciderit, ad effectum de quo in quæstione. Secundo, argumenta proferamus, quibus probetur Hambstidt tale crimen commisisse. Et postremo sententiã nostram subiiciamus.

Quod igitur primo loco disputandum proposuimus, argumentis sequentibus demonstrari posse videtur. Primo quia nullibi ex toto processu ad nos transmisso apparet, memoratum Hambstidt, commisisse aliquod crimen læsæ maiestatis, vel feloniæ contra Dominum suum nulli sunt testes, nullæque aliæ probationes, cum tamen quinq; † testibus summæ atque integræ opinionis manifeste probanda sit felonia, vt habetur in constitutione Imperatoris Henrici, de qua apud Iacobum Cuiacium *lib. 5. de feudis. tit. vlt. ingratitudo vasalli probetur testib. quinque*, & in vulgatis codicibus *sub tit. quot testes sint necessarii ad probandam ingratitudinem. c. 1.* tantum ipsius heredes excipiendo aduersus Illustriss. Principis Brunsuicensis libellum coram paribus curiæ videntur non negare dictum Hambstidt amicitiam contraxisse cum hostibus dicti Illustriss. Principis & iuramentũ præstitisse aduersus ipsum, sed dicunt, eundem captum à memoratis hostibus fuisse, & in ipsorum potestatem redactum, coactè id fecisse. Est autem trita iuris conclusio, vasallum qui † coactè, non autẽ sponte delictum in Dominum suum committit, feudo nequaquam priuari sicuti dixit Glossa *in c. 1. §. porro. in verbo perdit. tit. quæ fuerit prima causa beneficii amittendi*, quam sequuntur communiter doctores, vt post Gratuni *cons. 5. n. 13. lib. 1.* testatur Iulius Clarus. *§. feudum. quæst. 61.* late alios citans Rol. *cons. 1. n. 110. lib. 3.* Secundo, quod attinet ad crimen læsæ maiestatis res videtur esse magis pspicua, quia crimen læsæ maiestatis non † committitur nisi contra Imperatorem & personas nominatas. *in l. quisquis. C. ad l. Iul. Maiestatis*, item *in l. 1. & toto tit. ff. eod. titulo*, contra principẽ autem inferiorem qui superiorem recognoscit, qualis est Illustriss. Princeps Brunsuicensis, non † committitur, nulla enim est lex tale aliquid dicens, sicuti late disputat Bartholomæus Socinus *in cons. 27. lib. 2.* & post eum Antonius Gomezius *variar. resolut. iuris. titul. de delictis. cap. 2. num. 10.* cui sententiæ adstipulatur textus. *in § publica. institut. de publicis iudiciis.* Sed dato quod committeretur, non tamen ipso iure delinquentis bona † confiscantur, sed secuta demum sententia condemnatoria, & declaratoria delicti perpetrati. consequenter ipso iure non videretur d. Hambstidt bonis & feudis suis cecidisse. Probatur hæc sententia ex *l. quæsitum. ff. qui & à quibus manumissi. &c.* vbi I.C. inquit. *quæsitum est an is qui maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est, &c.* & ita responderunt Bartol. *in l. Imperator. ff. de iure fisci*, & post eum & multos alios quos citat Hieronymus Gigas, *in tractatu de crimine læsæ maiestatis. tit. de pœnis committentium crimen læsæ maiestatis. quæstione 25.* refert & sequitur Andreas Gayll. *lib. 2. de pace publica cap. 3. sub n. 15.* Tertio si de alio crimine quod feloniæ crimen vocari solet, agatur, exploratissimi est, vasallum ob id ipso iure feudo non priuari, sed causâ † cognita iudicialiter coram paribus curiæ, & sententia subsecuta, textus clarus *in c. sancimus. tit. de feudo sine culpa non amittendo. & in c. sancimus, vt nemo miles, tit. quo tempore miles inuestituram petere debeat.* late Hieronymus Schruph. *consil. 10. cent. 3.* Thomas Grammaticus *decis. 15. num. 9.* & plures alii quos refert & sequitur Franciscus Hottomannus *in cons. 28. num. 12. & cons. 32. n. 20.* Quarto: Nec dici potest crimen d. Hambstidt esse notorium

rium & publicum, & idcirco licuisse domino authoritate propria, feudi possessionem accipere, etiã nulla
7 sententia præcedente, quia in notoriis † ordo iuris non est necessarius, arg. *l. emptorem. ff. de actionib. empti*, & eorum quæ in hac specie tradit Andr. Gail. *lib. 2. obser. c. 51. num. 8. nec non l. b. 2. de pace publica. c. 30. n. 16.* quia non constat crimen dicti Hambstidt notorium & publicum fuisse. Quod enim aliquid sit notorium,
8 multa requiruntur † quæ in præsenti specie non habentur & quæ late recenset Antonius Butrius *in tractatu de notorio*, necnon Iosephus Mascardus *volum. 2.*
9 *de probationib. conclusio 1106. & trib. sequentib.* Est † enim notorium facti (quod verbum in ea significatione quam nostri Dd. probant latinum nõ est, teste Budæo *ad l. accusatione. ff. ad Turp.* & aliis.) indubitata probatio oculis omnium hominum, aut maioris partis ita se exhibens, vt nulla possit tergiuersatione celari, aut negari, vtpote cuius vniuersus populus aut maior pars testis est, sicuti ex communi omnium sententia, & ex pluribus textib. iuris Canonici docet late Prosper Farinacius *quæstione criminali 21. num. 11.* & ante ipsum Iacob. Menochius *de arbitrariis iudic. casu 166.* Quod autem totus populus aut maior pars Hambstidt deliquisse contra dominum suum fuerit, nobis non videtur ex actis vllibi constare. Imo ex multorum sententia non solum necesse est, vt delictum sit
10 notorium eo † modo quo supra dictum est, sed illud præterea requiritur, vt notorium sit nullum delinquenti defensionem competere, aut excusationem: ita respõdit collegium Florentinum *inter cons. Curtii Senioris cons. 21. nu. 13.* Tortus *inter cons. Ruini, cons. vlt. nu. 28.* alios citat Mascardus *de probationib. volum. 2. concl. 1105. nu. 9.*

Præterea etiam in criminibus notoriis senten-
11 tia † est necessaria nec de facto adimendum est feudum vasallo prætextu notorii delicti, sicuti late probat Hieronymus Schurff. *consil 10. num. 25. centur. 3.* refert & sequitur Franciscus Hottoman. *consil. 28. num.*
12 *12.* & quod etiam in notoriis † requiratur sententia tradit Marsilius *ad rubricam. de probationib. num. 226.* & multi alii quos refert & sequitur Didacus Couuar. *in comment. ar. ad c. alma mater. part. 1. §. 2 num. 9. versic. ipse vero indistincte.* quibus addi possunt alii, quos citat Iosephus Mascardus *vol. 2. de probationib. conclus. 1105. num. 10.*

Quinto, dato quod supradicta omnia cessarent, cum tamẽ d. Hambstidt vita functus fuerit nec contra eum viuentem iudicium institutum ob hãc causam fuerit, non possunt Doctoris Stopheri heredes iam instituere iudicium, & memorata bona vendicare prætextu criminũ olim à dicto Hambstidt perpetratorum, quæ necessario deducenda & proban-
13 da sunt ab eis, quia post † mortem delinquentis actio criminalis extinguitur, *l. defuncto ff. de publicis iudi. l. 2. Cod. si reus vel accusator mortuus fuerit.* Et si non
14 fuit instituta contra delinquentem † institui non potest aduersus heredes *l. ex iudiciorum. ff. de accusatio. l. vltim. ff. ad l. Iuliam Maiestatis.* in specie quod contra vasalli delinquentis heredes institui non possit docuerunt Socinus senior *consil. 66. num. 19. libro tertio.* Iacobinus *in inuestitura feudali, in verb. dictique vasalli. numero quinquagesimo quinto.* Ruinus *consil. 10. num. 6. & 159. num. 12. libro primo.* Augustinus Berous *consilio nonagesimo octauo. numero trigesimo quinto. libro primo.* Iulius Clarus *§. feudum, quæstio. 65. versicul. quam opinionem.*

Et licet ab hac regula crimen læsæ maiestatis excipiatur, vt patet *ex dict. leg. ex iudicior. ff. de accusatio.* id tamẽ procedit atq; intelligitur qñ agitur de crimine læsæ maiestatis contra Imperatorem vel Rempublicam Romanorum commisso, non autem contra alios sicuti docet clare Iurisconsultus *in d. l. vlt ff. ad l. Iuliam maiestatis* his verbis. Plane non quisquis legis Iuliæ maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo aduersus Rempublicam vel Principem animatus. Cæterum si quis ex alia causa legis Iuliæ maiestatis reus sit, morte crimine liberatur.

Ex quo textu hæc elicitur communis doctrina quod in crimine læsæ maiestatis commisso contra alium Principem, præsertim vero qui superiorem habet ac recognoscit, non possit actio contra delinquentis heredes institui, nec bona eis auferri, sed quod delinquens morte sit liberatus; ita docet [illegible] Hieronymus Gigas *de crimine læsæ maiestatis. libro primo. tit. qualiter in crimine læsæ maiestatis procedatur. cap. 24.* Decius *consil. 410 num. 26* Alexand. *consil. 13 num. 7. lib. [illegible].* Crauetta *consil 224. num 6. & Alciatus in consil. 467. colum. 2.* quamplurimi alii quos in hanc sententiam refert & sequitur Prosper Farinacius *quæstionum criminalium, tomo primo. quæstio. 10 numero quadragesimo tertio* eidem sententiæ adstipulatur text *in l. penult. C. ad l. Iuliam maiestatu. & [illegible] de publicis iud.*

Huc accedat sexto loco quod Illustrissimus Princeps Brunsuicensis successor scilicet Illustrissimi Ducis H. contra quem dictus D. Hambstidt delicta commisisse dicitur, coram paribus curiæ actionem instituit aduersus dicti Hambstidt heredes, & in ea succubuit, fuerunt enim à paribus curiæ absoluti dicti heredes, & declaratum, actionem institutam esse nullam. Quare non videtur [illegible] ob causam conueniri posse, propterea quod [illegible] iudicatæ exceptione *l. 3 & 4. & toto tit. ff. de exceptione rei iudicatæ* Et licet dictæ lege [illegible] contra quem † sententia lata est, non autem [illegible] 15
alium, *vt in l. 1. ff. eod. tit. & toto tit. res inter alios acta [illegible] & tit. quib. res iud. non nocet*; tamen cum [illegible] Doctoris Stopheri causam habeãt ab Illustrissimo Principe contra quem iudicatum est, exceptio quæ authori eorum obstaret, eisdem obstare videtur, ne melioris sit conditionis singularis successor quam is à quo causam habet iuxta textum *in l. si mulier. § 1. ff. ad Senatusconsultum Vellianum.* & quod exceptio rei iudicatæ quæ authori obstat, transeat etiam contra singularem successorem qui scilicet ab eo causam habet, expressim habetur, *in l. si a te. § Iulianus scribit ff. de excep. rei iud. & in l. exceptio. 8 ff. eod. tit.* facit pro confirmatione huius argumenti id quod scribit Socinus senior *in consil. 13. lib. 3. & 68 num 6. libro quarto* probationes quæ authori prosunt, vel obsunt, etiam singulari successori eius prodesse vel obesse, & quod tradit Alexand *in l. sæpe. ff. de re iudi. num. 69.* nec non Decius *in c. causam quæ. num. 5. de testib.* sententiam latam contra alium alii non præiudicare, si sit omnino alius, secus vero si sit singularis vel vniuersalis successor.

Septimo, si à die mortis Hambstidt lapsum sit quinquennium, præscriptum esse dicitur iuri, dato φ competeret ius agendi † contra heredes eius, vt 16
defuncti memoria damnaretur, & bona eis auferentur, sicuti communiter docent interpretes argumento sumpto *ex l. 2. C. de apostatis*, teste Hieronymo Gigante *de crimine læsæ maiestatis. tit. qualiter in crimine læsæ maiestatis procedatur. q. 23.*

Octauo

Octauo & postremo in eandem sententiæ confirmationem adiecit potest argumentum ex eo, quod cum vasallus delinquit contra dominum, feudo qui-
17 dem priuatur, sed tamen illud domino † non applicatur, sed agnatis ipsius vasalli, ex hoc enim sequitur Illustrissimum Principem Brunsuicensem non potuisse feudum tanquam ad se deuolutum, Doctori Stophero concedere, sed agnatis D. Hambstidt concedendum fuisse: ita probare videtur textus *in c. 1. §. si vasallus. tit. si de feudo defuncti contentio sit inter domin. & agnatos* & ita docent Andreas Isernia *in c. 1. §. 1. vers. si vero.* & ibidem etiam Aluarotus *quæ sit prima causa beneficii amitten.* Iacobinus à S. Georgio *in inuestitura feudali. in verb. dictique vasalli promiserunt nu. 18.* Alciat. *responso 182.* alios citat Roland. à Valle *cons. 1. n. 31. lib. 3.* Atque hactenus quod attinet ad primam partem, de qua nobis disserendum proposuimus.

Sequitur secūda pars à nobis proposita in quo pro contraria sententia sic disputari posse videtur. Vasallus, idemque domino suo subditus, committens in
18 eum crimen læsæ Maiestatis, ipso † iure feudo priuatur, sed d. Hambstidt commisit crimen læsæ Maiestatis contra Illustriss. Ducem Brunsuicensem, dominum suum, ergo ipso iure feudo priuatus fuit, consequenter iuste, valide & legitime concessum fuit D. Stophero, & eius heredibus ac successorib. iam competit actio ad ipsum feudum vindicandum, contra quemcunque eius possessorem.

Maior propositio probatur primo, *ex l. vlt. C. ad l. Iuliam Maiest.* in illis verbis. *Nam ex quo sceleratissimum quis consilium cepit, exinde quodammodo sua mente punitus est.*

Secundo probatur, *ex l. ex iudiciorum. ff. de accusatio.* ex iudiciorum, inquit, pub. icorū admissis non alias transeunt aduersus heredes pœnæ bonorum ademptionis, quam si lis contestata & condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum & Maiestatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibus cum nihil actum est, adhuc exerceri placuit, vt bona eorum fisco vindicentur, adeo vt Diui Seuerus & Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex iis causis crimen contraxit nihil ex bonis suis alienare, aut manumittere eū posse.

Tertio, *ex l. quæsitum. ff. qui & à qu b manumiss., &c.* licet enim textus in ratione dubitandi dicat reum criminis læsę Maiestatis ante damnationem, dominum videri. Contrarium tamen decidens ita dicit, & Imperator Antoninus Calphurnio Critoni rescripsit ex eo tempore, quo quis propter facinorū suorum cogitationem iam de pœna sua certus esse poterat, multo plus cogitatione & conscientia delictorum quam damnatione ius dandæ libertatis eum amisisse.

Quarto probatur ea ratione qua vsus est Summus Pontifex *in c. cum secundum de hæreticis lib. 6.* de crimine læsæ Maiestatis diuinę verba faciens, si ipso iure bona confiscantur ei qui incestas cōtraxit nuptias, Item ei qui illicitas species transuexit, item ei qui rerum vectarum professionē omittit. quanto magis is qui grauius delinquit & læsæ Maiestatis reus est? Et φ ipso iure bona publicētur etiam in crimine læsæ Maiestatis humanæ habetur expresse *in c. felicis. de pœnis. lib. 6.*

Quinto id probatur authoritate eorū qui nominatim responderunt, vasallum committentē crimen læsæ Maiestatis aduersus dominum suum, ipso iure feudo priuari, ita Bald *in c. Imperialem. §. insuper. n. 7. de prohibita alienatione feudi* per Frideric. Abbat. Panorm. *in cons. 3. num. 7. lib. 2.* Socinus sen. *cons. 66 num. 19. lib. 3.* Iacobus Menoch. *cons. 99. n. 166. lib. 1* Et licet Bart. *in l. Imperator. ff. de iure fisci.* cōtrarium docuerit, & cum eo alii quos citat Hieronym. Gigas *loco superius allegato.* hæc tamen sententia quæ superius firmata est, videtur esse verior, & communior, vt patet ex dictis, præsertim si addēdo authoritate à Gigante relatas, *memorato loco*, & detrahendo ex contrariæ sententiæ relatis ab eo authoribus multos, qui re vera id non dicunt, & inter alios Castrensem, qui citatur pro contraria sententia *in l. post contractum ff. de dona. & in l. qui à latronib. §. . ff. de testa.* cum tamen potius alterius sententiæ fuisse videatur.

Verum est, nec negari vlla ratione potest, quin declaratoria sententia requiratur, qua scilicet [illegible] stum sit crimen esse commissum, sed talis sententia requiritur, non, vt delinquens priuetur dominio rerum suarum, iam † enim ipso iure priuatus est ex quo 19
delictum commisit, sed, vt constet de delicto, sicuti optime deducit Iacob. Menoch. *d. cons. 99 n. 1* [illegible] *multis seqq.* Item, vt fiscus possessionem accipiat bonorum delinquentis, vt expresse habetur *in d. c. cum secundum. de hæret. u. l. b. 6.* & ita expresse loquitur Hieron. Schurff. *d. cons. 10. n. 25. cent. 1* nec non Andr. Gail. *lib. 2. obseruat. cap. 51. in princ.* Sed in specie nostra constare videtur de delicto ex confessione partis aduersæ, & ex iuramento præstito ab ipso Hambstidt, vt infra deducetur, ergo non est opus sententia declaratoria, per quam constet de delicto.

Minor autem probatur ex sequentibus, habet ea propositio duas partes. Prior pars est illa, quod crimē læsæ Maiestatis cōmittatur etiam contra Principem inferiorem qualis est Illustriss. Princeps Brunsuicensis, ad effectum, vt illud committēs puniatur iis pœnis, quæ in ipsum legibus constitutæ sunt: Altera pars est in facto consistens, quod scilicet d. Hambstidt, talia delicta perpetrauerit, ex quibus læsæ Maiestatis crimen oriatur.

Quod igitur ad priorem partem attinet illa probatur primo *ex l. 3. C. de epi. copali audientia*, in illis verbis: *Reus etiā Maiestatis le'a, de domino aduersus [illegible] molitus est veniam sperare non debet. &c.* His verbis Imperator innuere videtur reum esse Maiestatis læsæ qui aduersus dominum suum, ac Principem aliquid molitus est, & certum † est eum non loqui de [illegible] de 20
eo qui aduersus Imperatorem aliquid molitus est. Secundo, ea ratione, quia committitur hoc crimen, quoties consiliarii Imperatoris offenduntur. Nam & ipsi pars corporis nostri sunt, inquit Imp *in l. quisquis. C. ad l. Iul. maiest* Ergo etiam committi dicitur quando aliquid admittitur contra huiusmodi Principes quia & ipsi pars corporis Principis esse videntur, ac reipublicæ.

Tertio, læsæ maiestatis criminis reus est cuius dolo malo operaue consilium initum fuerit, quo quis magistratus populi Romani, quiue Imperium ac potestatem habet occidatur, *vt in l. 1. ff. ad leg. Iul. Maiest.* ergo multo magis reus erit qui talia admiserit in huiusmodi Principem, qui longe maiorem dignitatem habet, quam quilibet magistratus populi Romani, vt patet.

Quarto, committitur hoc crimen ab eo qui Cardinalem offenderit, *vt in c. felicis. de pœnis. lib. 6.* ergo & ab eo qui tales Principes occiderit, qui sunt præstantissima membra Imperii Romani.

Postremo probatur eorū authoritate, qui in specie affirmarunt læsę Maiestatis crimen committi etiam in Principes qui superiorē recognoscunt, quo ad pœnas in personam delinquentis constitutas, licet non committatur quoad pœnas constitutas in filios *iuxta l. quisquis. C. ad l. Iul. Maiest.* ita docuerunt: Alex. *in cons. 13.*

consil. 13. *num.* 2. *lib.* 6. Barbatia *consil* 70. *num.* 34. *lib.* 4. Paulus Castr. *in l.* 3. *C. de Episcopali audien.* Bartholomæus Brixiensis, Io. Faber, Odofredus & alii, quos citat Nicolaus Boërius, *de seditiosis.* §. 6. *n.* 6. Et alii quos refert & sequitur Rol. à Valle *cons.* 88. *n.* 1. *lib.* 2. quibus adde Petrum Gregorium Tholosanum, *Syntagmate iuris. parte* 3. *lib.* 35. *c.* 3. vbi refert ex Papo *lib.* 22. *Rhapsodia arrestor. tit.* 2. *arresto.* 1. ita iudicatum fuisse in causa cuiusdam doctoris dicti Largiret, qui coniurauerat in Ducem Sabaudiæ, tunc subditum Imperatori. Idem docet multos alios adducens Hieron. Gigas *in tract. de crimine læsæ maiestatis. tit. qualiter & à quib. crimen læsæ maiestatis committatur. quæst.* 29. Iulius Clarus. §. *læsæ maiestatis. vers. Dubium est.*

Et licet Barthol. Socin. & quidam alii superius citati contrarium docuerint, hæc tamen sententia videtur cõmunior, ac etiam longe probabilior vt patet ex prædictis.

Posterior autem pars propositionis nostræ ex eo probatur, quod in facto aduersarii heredum doctoris Stopheri non negant D. Hambstidt cum inimicis Illustr. Principis Brunsuicensis amicitiam iunxisse, & cum ipsis coniurasse in perniciem & damnum dicti Illustriss. Principis, etiã iuramento præstito contra ipsum, nimirum, quod contra dictum Illustr. Principem fideliter inseruire velit dictis inimicis Principis sui, eundem Tyrannum appellando, ac omnino sequendo partes dictorum inimicorum domini sui, id inquam nõ negant, vt patet ex libello exceptionum coram pari b. curiæ deductarum, illud duntaxat contendunt, coactum fuisse D. Hambstidt ad illa omnia facienda, non autem sponte fecisse. Sed hæc excusatio non releuat nisi probetur, & ex memoratis actib. proculdubio resultat crimen læsæ maiestatis. Quod dicta excusatio seu qualitas adiecta, nil releuet nisi probetur, ex eo demonstratur quod iure proditum est: quoties aliquis crimen confitetur, & qualitatẽ adducit, qua illud excusatione dignum esse contendit, nisi qualitas allegata probetur, standũ † esse cõ-
21 fessioni, in præiudicium confitentis vt probat tex. *in l.* 1. *C. ad l. Iul. de sicariis. & in l. si non conuicii. C. de iniur. & in c.* 1. *de præsump.* & late probat And. Gayl. *lib.* 1. *de pace*
22 *publica. c.* 17. *n.* 3. Quod vero talis actus † inducat crimen læsæ maiestatis probatur *ex l. quisquis. ibi. sceleratam inierit factionem. C. ad l. Iul. Maiest. & ex l. vlt. ff. eod. tit.* ibi. *hostili animo aduersus rempublicam vel principem.* & tradit Socin. iun. *cons.* 105. *lib.* 3. Alciat. *cons.* 456. & 467. Bald *cons.* 58. *lib.* 1. Alex. *cons.* 13. *lib.* 6. Iason *consil.* 86. *lib.* 3. Decius *cons.* 604. 605. & Grammatic. *cons.* 13. & 31. Iul. Clar. *in* §. *læsæ maiestatis. in principio* Albert. Brun *cons.* 28. Gigas *de crimine læsæ maiestatis. tit. qualiter & à quib. crimen læsæ maiestatis cõmittatur. q.* 25. & de eo qui iurauit se velle Principem suum interficere, vel aliquod graue malum ei inferre, quod dicatur crimẽ læsæ maiest admittere, licet effectus secutus nõ sit, probat optime idem Gigas *eod. tit. quæst.* 51. Ex quib. etiã posterior pars propositionis nostræ probata esse videtur, & sic probata maiore & minore, sequitur conclusio iam dicta quod nimirum d. Hambstidt ipso iure feudo ceciderit.

Consequentia autẽ quam subiecimus, à nobis clarè demonstrabitur, si demõstrabimus feudum illud quo d. Hambstidt ex causis supradictis priuatus ipso iure fuit ad Illustr. Principem dominũ suum deuolutum fuisse: ex hoc enim facile erit intelligere potuisse ipsum Illustr. Principem iuste & legitime ipsum feudũ doctori Stophero concedere, prout concessit & consequenter eidem doctori eiusq; successoribus rei vendicationẽ competere, aduersus quemcunque possessorem siue detentorẽ dicti feudi: Sic enim ait text. *in c.* 1. *tit. de inuestitura de re aliena facta* Rei autem per beneficium recte inuestituræ Vasallus hanc habet potestatem vt tanquam dominus possit à quolibet possidente sibi quasi vindicare.

Iam itaq; probatur hæc sententia quod textu expresso *in c.* 1. §. *deniq. tit. quæ fuit prima causa benefic. amittẽdi.* cuius hæc sunt verba. *Denique, sæpe quæsitum est vasallo propter † iustam causam à feudo cadente, vtrum ad domi-* 23
num, an ad successorem vasalli beneficium pertineat: sed hæc distinctio tam ratione, quam moribus comprobata est vt si quidem vasallus ita in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos sed ad dominum beneficium reuertatur; vt hanc saltem habeat suæ iniuriæ vltionem. Si vero nõ in dominũ, sed alias grauiter deliquerit, vel graue aliquid commiserit sicut ille qui fratrem suũ interfecit, vel aliud graue crimen (quod parricidii appellatione continetur) commiserit, feudum amittit, & non ad dominos sed ad proximos pertinet, &c. At in specie nostra deliquit vasallus contra dominum, ergo feudum pertinet ad dominum, & hæc est communis sententia doctorum sicuti late deducit Iacob Menoc. *cons.* 99 *n.* 144. *lib.* 1. quæ probatur etiam euidẽter *ex c.* 1. *an ille qui interfecit fratrem domini sui feudum amit.* in illis verbis, *cũ autem ad dominum respicit felonia feudum tunc domino aperitur.* Quo fit vt nulla sit habenda aliquorum ratio qui cõtrariũ docuerunt, locuti enim sunt contra expressos textus, vt iam patet: & eorum sententia frequentioribus aliorum suffragiis reiicitur, sicuti late ostendit Menoch. *loco annotato.* Iam superest vt quid nobis in tanta difficultate iuri & æquitati consentaneum videatur breuiter exponamus.

Respondemus itaq; diligenter omnib. examinatis, non constare ex actis nobis exhibitis & transmissis, d. Hambstidt crimen aliquod læsæ maiestatis cõmisisse aut aliud feloniæ crimen publicum & notorium propter quod feudo ceciderit: & licet hoc responsum quæstioni primæ nobis propositæ satisfacere posset, allatis scilicet argumentis quibus illud confirmetur, & contrariis confutatis, nihilominus, vt intelligant domini consulentes, nihil à nobis prętermissum esse quod ad exactam rei discussionẽ pertineat, subiungimus alteram conclusionẽ huiusmodi. Licet ex actis prædictis minime constet de crimine memorato, vt dictum est, si tamen in petitorio iudicio instituendo à dominis consulentibus legitime probari posset d. Hambstidt crimina illa cõmisisse, quorum insimulatus fuit, & propter quæ feudum ei olim ademptum fuit ab Illustr. Principe, idq; publicum & notorium fuisse tunc temporis quando Illustr. Princeps feudum illi ademit, recte & valide ademptum illi feudũ fuisse, & doct. Stophero concessum ac datum, eiusq; successoribus iam rei vendicationem cõpetere respõdemus, non obstantib. argumentis quæ priore loco sunt à nobis superius allata. Nisi pars aduersa probaret iusto metu aut vi coactum d. Hambstidt commisisse crimen illud ac feloniam, tunc enim defendi posset, nec incidisset in pœnam priuationis feudi: ex his quæ supra recensuimus, ex traditis per doctores *in locis allegatis.* sed quia metus & † vis non pſumitur *l.* 2. *C. de his quæ vi metusue* 24
causa. & ibi notat Gl. Bald & alii & late Menoch. *præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 126. *in principio.* idcirco dicimus probandum esse ab aduersa parte.

Iam vtramq; conclusionẽ sic probamus. Priorem quidem ea ratione, qua & superius vsi sumus quod vt vasallus feudo priuetur, ob crimen & feloniam,

alterum ex duobus necessarium sit, vel scilicet pariũ curiæ sententia declaratoria delicti cõmissi, vel notorium fuisse delictum: sicuti docent textus superius allegati & doctores omnes iam citati: sed in processu ad nos transmisso nulla continetur declaratoria sententia à paribus curiæ lata, contra d. Hambst..., nec ex actis cõstat, crimen allegatum fuisse tunc temporis notorium cum Princeps illi feudum ademit, ergo nulla ratione potuit Princeps illud adimere, & alii dare. Nec quicquam obstat allegata confessio heredum d. Hambstidt, vna cum iuramento præstito à dicto Hambstidt, & aliis contra eum allegatis. Quia vt maxime vera essent omnia, non tamen sequitur tunc temporis quando feudũ illi ademit Illust Princeps fuisse publica & notoria, ad effectũ, vt propria authoritate Principi licuerit illud auferre, & alii tradere, nulla præcedẽte laudatione & sententia parium curiæ. Fieri enim potest vt delictum perpetratum sit ab aliquo, sed tamen notoriũ, manifestum & publicum non sit, vt patet Nec fatentur aduersarii Dominorum consulentium, crimen d. Hambstidt publicũ & notorium fuisse, tunc temporis, quando feudum illi ademptum fuit ab Illustr. Principe, vt ex actis videre licet. Quod si probari posset in memorato iudicio petitorio crimen fuisse notorium & publicum, tunc temporis, tũc recte & valide illi ademptũ fuisset, & dominis consulentib. siue eorum auo datũ & concessum & absq; sententia vlla. Probamus istam conclusionẽ assertionemq; nostram hoc argumẽto; Nam licet controuersia sit inter doctores, vtrũ, quãdo vasalli crimen ac felonia est publica & notoria, vt dictum est, ipso iure & absq; declaratoria sententia cadat ab omni iure ac dominio feudi, ita vt dominus propria authoritate eius accipere possessionẽ possit, aliquibus affirmantibus, aliis vero negantib. tamen affirmantium sententia videtur nobis probabilior &
25 verior. Primo enim probatur † argumento sumpto *ex l. empt. ff. de actio. empti.* in illis verbis, *quia manifestum fuit noxium seruum fuisse.* Secundo *arg. l. si vero.* §. 1. *iuncta Glossa. in verbo, euidentissime. ff. qui satisd. cog.* Tertio *ex c. 1. §. si quis hominem. tit. de pace tenenda.* in illis verbis, *si autem omnib. manifestũ sit &c.* Quarto *ex c. euidentia. de accusa. euidentia,* inquit textus, *patrati sceleris nõ indiget clamore accusatoris.* Quinto *ex l. Filio exheredato §. his autem. ff. de inusto, rupto & irrito testa.* in illis verbis, *nisi forte latro manifestus sit, &c.* Sexto *ex l. ea quidem iuncta Glo. in verb. citra solẽnia l. de accu.* Septimo *ex §. 1. in extrauag. qui sint rebelles.* Octauo *ex cap. de manifesta. 2. q. 1.* Nono authoritate eorum qui in specie ita docuerunt, ii sunt Dec. *conf. 544. n. 6.* Paris. *conf. 1 n. 34. li. 1.* Alex. *in l. si vero. §. 1 ff. qui satisd. cog.* Afll *in c. 1. §. si quis hominem. n. 6. de pace tenen.* Felin *in c. Rodulphus. nu. 37. de rescrip.* Bald. *conf. 322. n. 1. lib 4.* Gram *decis. 105. n. 13 & n 57.* Aluarot. *in c. sancimus. n. 5. quo tempore miles, &c.* And. Geil *lib 2. de pace publica. c. 3. n. 16. 17 18. & lib 2. obseru. c. 51. n. 8.* in quib. locis allegat pro cõfirmatione huius sententiæ Pragmaticam imperii sanctionem, Augustæ Vindelicorũ editam anno 1559 §. *his addimus.* Panotm. *in c. cum non ab homine. col. 12. vers. sed certe subtiliter. de iudiciis.* & Dominicum de S. Gemi. *in c. cũ secundũ leges ciuiles. de hæreticis. libr. 6.* Decimo probatur ex communi omnium
26 sententia ac regula quæ habet, in † notoriis, iuris ordinem non seruari, c. *consuluit. de appella. c. ad nostram. de iureiu.* ibi, *manifesta crimina accusatione non indigent, nec in eis est ordo iudiciarius obseruandus &c. c. manifesta. c. quã ... 2 q. ...* & tradunt Bald *in l. Presbyteri. C. de episco. & cler.* ... *in pract. in verbo. Item quod communi ... notorium n. ...* Ant. Gomez *var. res. ... tit. de delictis ... sub n 41.* prope fine Menoch. *de recup. poss. rem. 14. n 26 ...* Postremo ꝓbatur conclusio nostra ex iis q̃ tradit And. Isernia in terminis ipsis in quib. nos versamur, *in c. 1. §. sanci. quo tẽpore miles inuestitur ã petere debeat.* Ait ille ꝙ quando crimẽ vasalli est notoriũ, verbi gratia, quando vasallus vel subditus Principis moratur publice cum hostib. vel in castro cõtra suũ Principem, si Princeps auferat illi bona absq; sentẽtia & ea alteri donet, semp erit tutus donatarius, dummodo ꝓbare possit tale crimẽ fuisse notorie ppetratum, & quidẽ ẽt mortuo ipso delinquente refert & sequitur post alios ab eo relatos Ægid Bossius, *in sua pract. criminali, tit. quomodo ꝓcedatur in crimine notorio. n 10.* Sufficiunt autẽ ad ꝓbandum crimen fuisse notoriũ duo testes, † vt ait And. Iser. *loco annotato* & post eũ plurimi 27
alii, quos refert & sequitur Iosephus Masc disputans de modo quo testificari debeat, *de probat. vol. 2. concl. 1109.* sed tamen in pñti casu quinq; testes fuẽre atq; integrę existimationis necessarios putam⁹ ex eo ꝙ habetur *in c. 1 quot testes sint necessarii ad ꝓban. ingratitudinẽ.* Quib. sic stantib. non est ꝙ dubitetur, pñscriptionis exceptionẽ vel rei iudicatæ obstare memoratis heredibus D. Stophem. Nam ꝙ attinet ad pñscriptionẽ præterquam ꝙ ex multorũ sententia locum † non habet in 28
crimine læsæ maiestatis, ꝓpter eius atrocitatẽ, sicuti refert Gigas *de crimine læsæ maiestatis. tit. qualiter in crimine læsæ maiestatis procedatur, q. 23.* & nouissime Prosper Farinac. *qu... criminaliũ, tomo primo. q. 10. n. 29.* hic nõ agitur de actione illa criminali lęsę maiestatis sed de rei vendicatione feudi q̃ cõpetit ei, qui de feudo recte inuestitus est, vt supradictum est, & eius successorib. Palã est autẽ rei vendicationẽ nequaq̃ tolli nisi 30. annorum spacio *l omnes. l. sicut C. de præscrip. longiss. temporis. 30. vel 40. annorũ.* Minus rei iudicatæ obstare potest exceptio quoniã vt illa obstet tria † coniunctim 29
requiruntur. Primo vt de eadẽ re agatur. Secundo vt ex eadẽ causa Tertio vt eadẽ sit cõditio pſonarũ *l. cũ quæritur. cũ duab. l. sequentib. ff. de excep. rei iu.* cõsequẽter vbi actio est diuersa, & diuersa causa agendi, talis exceptio nõ obstat, vt ex dictis legib. deducitur late Cra. *conf. 900 n. 40. part. 5.* Dec *conf. 445. n. 43. & 464. n. 6.* & alii passim. Sed in specie nostra diuersa est actio, & causa agẽdi est diuersa: Id patet, quia actio Illust Principis erat illa, vt declaretur vasallũ culpam cõmisisse, ob q̃ feudo priuãdus esset. Hæc autẽ actio in qua feudum ipsum vẽdicat instituta ab eo vel ab eius successore cui Princeps illud dedit, tanq̃ ad se reuersum ob notoriã culpã & feloniã vasalli In hac actione nõ intendit actor declarari vasallũ ꝓpter culpã feudo esse priuãdũ vt in illa actione Illust. Principis, sed intendit feudũ sibi iuste & legitime cõcessum à Domino fuisse, taliq; cõcessionis vigore ei⁹ dominium ad se ptinere, & ideo recte vẽdicari, & aduersariũ cõdemnari ad restituendũ sibi dictũ feudũ tanq̃ ꝓpriũ ipsi⁹ & cõsequenter male ab ipso occupatũ & detentum. In hac actione deducitur quidẽ vasallũ delictũ & feloniã cõmisisse publice & notorie, sed ad effectũ, vt inde appareat iuste dominũ feudũ ipsi apprehẽdisse & alteri cõcessisse nõ autẽ ad effectum vt declaretur nunc vasallũ ita deliquisse & peccasse in dominum, vt feudo ceciderit vel tum nunc ipso sit priuandus in quem finem instituta fuit actio ab Illustr. Principe & super ea sententia ꝓlata. Deniq; nõ obstat id ꝙ dicebatur mortuo vasallo heredes cõueniri non posse, in eum finem, vt feratur sententia declaratoria delicti & subinde bona ipsis heredib. adimãtur. Quoniã nõ eo tendit actio competens memoratis heredib. Stophen, vt iam dictũ est: sed eo dirigitur, vt cõstet iuste ademptum fuisse feudum vasallo viuendi & subinde ipsis datũ, siue eorũ auo. Itaq; non agitur nunc de adimendo feudo heredib. vasalli delinquentis & dãnãda ipsius memoria p sentẽtiã declaratoriã delicti,

sed de feudo adempto ipsimet vasallo, tunc viuenti, & alteri concesso, vindicado per illum cui datũ fuit.

Secunda quæstio est si Stopheriani heredes ad bona ista recuperãda vtiliter agere possint, an obstet illis quod Hambstidtii cum domino feudi, id est, principe sint reconciliati. Eos enim iterum recepit in gratiam, & restituit ad bona vt in actis.

Videbatur respondendum nõ obstare dictam reconciliationem & restitutionem, quia principis gratia & indulgentia ac etiam restitutio ad bona delinquenti data & concessa à principe nõ trahitur ad bo-
30 na in † alium translata vel alienata, sed restringitur ad ea bona quæ sunt apud ipsum principem.

Probatur hæc sententia. Primo *ex l. 2. §. si quis à principe. ff. ne quid in loco publico.* Secundo *ex c quamuis. de rescriptis lib. 6.* ex aliis argumentis, & legibus, quas in hanc sententiam allegant Glo. Bart. Alex Iason. Socin. & omnes. *in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de liberis & posthumis,* & infiniti prope alii quos citat Sfortius Oddus *de restitutione in integrum parte 2. quæst. 99. articulo 6.* Quibus addi potest Andreas Isernia *in c. 1. de vasallo decrepitæ ætatis.* nec non alii quos refert & sequitur Andreas Gail. in terminis nostris *lib. 2 de pace publica cap. 19. n. 11.*

Et licet nonnulli contrarium responderint, quan-
31 do restitutio fit à principe ob publicam † vtilitatem sicuti late refert idem Sfortius Oddus *loco proxime citato articulo 8.* eorum tamen sententia locum habet, quando expresse fit restitutio ad bona in tertium alienata, sicuti declarat Iason. *in dicta l. Gallus. §. & quid si tantum. n. 83. ff. de lib. & posthu.* & post eum Bossius. *tit. de remediis & clementia principis. n. 12.* Sed in casu nostro princeps non expressit, in restitutione, quod vellet eam extendi ad bona in alium translata, ergo ad eiusmodi bona non extenditur. Consequenter cum feudum de quo agitur à principe Doctori Stophero fuerit concessum, non videbatur ei præiudicare posse restitutionem, & gratiam subsecutam.

Sed tamen his & similibus non obstantibus, contrarium respondemus iuris esse, nimirum gratiam & restitutionem prædictam dominis Stopherianis obstaturam, dato quod ius & actionem haberent ad huiusmodi bona vendicanda.

Huius autem rei demonstrationi premittimus restitutionẽ concessam fuisse memorato Ioanni Hãbstidt, vigore transactionis & pacis initæ inter Illustr. principe Brunsuicensem, & Illustriss. S. Ducem. Anno enim 1553. pax & transactio celebrata est inter dictos principes, ea conditione adiecta, vt omnes vtriusque principis vasalli & consiliarii, qui contra dominos suos fuerunt, in ea transactione comprehensi forent, deberentq; liberari ab omni pœna, & condonari eis omnia delicta & culpæ. Præmittimus secundo memoratum Ducem ac principem Brunsuicensem pro executione huiusmodi transactionis, pactorumq; in ea & conuentorum, in gratiam recepisse dictum Ioannem Hambstidt, eumq; restituisse ad bona in plenissima forma. His ita stantib. respõdemus dictam restitutionem extendi & trahi etiam ad bona in dictum D. Stopherum translata, & consequẽter eam obstaturam esse memoratis consulentibus quo minus bona eiusmodi recuperare possint, dato scilicet quod ad ea recuperanda vtiliter agere possint vt in quæstione.

Fundamentum nostrum est positum in duabus veris & ab omnibus receptis traditionibus & cõclusionib. Vna est, restitutionem & gratiam à principe concessam subdito, in dubio trahi ad bona etiam alteri donata, vendita & data, quoties ob publicã vtilitatem † restitutio est concessa, vt puta si ob pacem 32
& transactionem à domino initam cum aduersariis suis, concessa sit, vt in casu nostro, est enim fauorabilis talis restitutio, & idcirco late interpretanda & extendenda etiã ad bona alteri quæsita. *arg. l 3. ff. de cõsti. princip. tex. in c. 1. in verb. priuilegia omnia. de pace constantiæ.* & ibidẽ Baldus notat, sequitur Aretin. *in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. col. 11. vers. præterea qua ratione. ff. de lib. & posth.* Ias. ibid. *n. 79.* Socin. sen. *n. 8.* Alciat. *in l. plus est in restitutione. n. 7. ff. de verb. sign.* Portius Imo. *cons. 48. n 8 & cons. 49. nu. 8. lib. 1.* Augustinus Berous *cons. 76. n. 110 & 113. lib. 1.* Menoch. *de recupe. poss. rem. 10. n. 311.* & alii plurimi quos refert & sequitur Sfortius Oddus *de resti. in integ. par. 2. q. 99. artic. 8. n. 57.* quibus addimus And Gail. *lib. 2. de pace publica. c 19. n. 24.* & Tiber Decian. nouissime *lib. 7. tract crimin. c. 52. n. 9*

Altera est conclusio, restitutionem † extendi et- 33
iam ad bona alteri quæsita, quoties expressis verbis vel certe æquipollentibus etiam bona aliis quæsita, & ex causa publicæ vtilitatis à principe cõceduntur, vt puta ob pacem & transactionem initam, vt in specie nostra, tunc enim actio quidem competit aduersus principem, illi, cui bona quæsita auferuntur, ad hoc vt precium bonorum consequatur, sed quo minus bona restitutus recuperet impedire non potest.

Probatur hæc sententia, hac ratione, quoties princeps aliquid facere potest, & facit, sine dubio illud effectum sortiri debet. Sed in præsenti casu princeps hoc potuit & voluit facere, vt nimirũ subdito restituerẽtur bona alteri quæsita, ergo talis voluntas, dispositio ac mandatum principis effectũ sortiri debet. Maior propositio est notissima & certissima, omnes enim actiones nostræ perficiuntur, ac effectum sortiuntur accedente facientis potestate † & voluntate, 34
vt post Aristotelem ex nostris docet late Afflict. *decis. 305. n 7.* & res per se clara est. Minor autẽ probatur, quia princeps ex causa respiciente publicam vtilitatẽ auferre potest ius tertii, damnũ † scilicet eidem com- 35
pensando, & resarciendo. Ea enim, quæ in cõmune omnibus conferant iis præponenda sunt quæ priuatim aliquib. expediunt, vt docet Imperator *in Nouella 39.* & alibi late multos textus allegando Andr. Gail. *lib. 2. obseru c. 56.* atq; ita in specie nostra argumẽtantur & docent Bart. *ad l. quæcunq;. n. 4. C. de fide instr. & iure hastæ fiscalis lib 10.* Afflict *decis. 361. n. 4.* Alios plures in eandem sententiam citant Andr. Gail. *loco paulo ante citato* Iacob. Meno *de recup. possess. rem. 10 n. 111.* & Sfort. Od. *de restit. in integ. part. 2 q. 99. art. 8.* Quod autem in specie nostra, dicta restitutio expresse, aut certe verbis æquipollentib. etiam bona in alios translata cõprehẽdat, probatur, primo ex illis verbis, quib. princeps mandat omnib. præfectis vt bona restituant dicto Ioanni Hambstidt vbiq; sita. Omni modo inqt quo ipse ante nostrã fugationem habuit, & possedit. Hæc. n. verba ex eorum propria significatione & natura, important restitutionẽ omniũ bonorũ quæ D. Hãbstidt habuit & possedit, ante dictũ tempus belli & tumultus. Sed ante dictum tempus dubio procul habuit & possedit bona de quib. agitur, quia nondũ erant in aliũ translata, ergo & ad eiusmodi bona restitutus intelligitur. Secundo idẽ ꝓbatur ex illis verbis, quib princeps mãdat dicta bona restitui. & nulli alii censum & pensionẽ ex illis bonis dari, & cõsignari. Hæc. n. verba ostendunt principem non ignorasse talia bona apud alios fuisse, & idcirco iussit vt nemini alii, quã ipsi restituto fructus & pensiones dentur. Tertio ꝓbatur ex eo q; princeps excipit tres villas, q̃ aliis erãt obligatæ, easq; manere apud possessores voluit, ex hoc infertur principẽ voluisse ad cætera bona

I 2 etiam

etiam in alios translata siue ab aliis possessa, dictum Hambstidt restituere, exceptis dictis trib. villis, quia
36 exceptio † firmat regulã in non exceptis, vt in simili argumẽtatur IC. *in l. quæsitũ § deniq; ff. de fundo instructo instrumentoq; legato*, & in specie nostra Afflic. *in tit. hic finitur lex Friderici. in princ. in sexto notab. n. 34.* & ita in terminis quando restitutio facta est cũ clausulis prægnã-
37 tib. vt vocant, quod extendatur etiã ad bona † in alios translata respõderunt Gram. *decis. 65 n. 17. & 18.* Paris. *cons. 1 n. 37 lib. 4.* latissime Andr. Siculus *cons. 78. col. 2. lib. 3.* Card. & Imo. *in c. quia diligentia de elect.* Fel. *in c. inter quatuor. n. 6. de maio. & obed.* Rota Rom. apud Puteũ *in 3. part. decis. 118.* alios citat Sfortius Oddus, *loco sæpe citato artic. 12.* Quibus sic se habentib. nõ obstant ea quæ in contrariũ adducta sunt, quia fatemur id verũ esse regulariter quod in argumento dicitur, nempe restitutionẽ principis nõ extendi ad bona in alium translata: sed dicimus in specie nostra secus esse statuendũ, quia restitutio facta fuit cũ ampliss. verbis & clausulis quib. ex mente principis etiam bona in aliũ translata continentur: itẽ facta fuit ex causa publicæ vtilitatis, ob pacẽ securã seu vigore transactionis & pacis vt supra dictũ est, quo casu restitutio est fauorabilis, & late interpretanda atq; extendenda etiã ad bona aliis acquisita, vt iam ex allegatis patet. Non obstat id quod dicebatur, in huiusmodi casib. necesse esse, vt expressa fiat mẽtio bonorũ alienatorũ, quia satis expressum
38 dicitur, † quod ex vi & natura colligitur verborũ & intelligitur. *l. Gallus. § 1. ff. de lib. & posth.* Crauetta *cõs. 149. n. 11. & 257. n. 6.* Io. Cæph. *in cons. 74. n. 20. & 133. n. 8. & 153. n. 20. & alibi.* Atq; in specie nostra tradunt omnes ii qui responderunt, restitutionẽ factam cũ clausulis amplissimis & prægnantib. vt aiunt, ad bona in alios translata porrigi, tales .n. clausulæ & verba generalia æquipollent expressis verbis, vt late ipsi ostendunt, ad quos nos remittimus, paulo ante allegatos, & de secunda quæstione satis. Sequitur tertia quæstio, si Stopheriani heredes, quacunq; ratione & iuris remedio ab Hãbstidtiis bona repetere possunt, an nõ obstet illis quod causa spolii in Camera Spirensi pendens, nondũ sit finita, sed ibi adhuc super liquidatione fructuũ & damnorum tractetur, & an non dando fideiussores, vel offerendo ac deponendo certã aliquam summã, cum vlteriori oblatione, pro rata tamen iuuari possint, vt causa spolii nõ obstante petitoriũ iam statim cõtra Hambstidtios institui possit. Non esset quidẽ operæprecium de hac quæstione verba facere, cũ in præcedentib. iam respõderimus, Stopherianos heredes nulla ratione vendicare posse bona de quib. agitur, sed tamẽ vt in hac etiã parte à nobis nihil desideretur, dato quod dictis Stopherianis heredib. actio cõpeteret, respõdendũ nobis videbatur, eosdem audiendos non esse in petitorio, nisi facta restitutione
39 fructuũ, & sic obstare eis exceptionẽ spolii, † nondũ plene purgati. Nã spoliatus qui restituendus est, antequam spoliator in petitorio audiatur, nõ solum rẽ consequi debet, sed etiã fructus & accessiones omnes. Id .n. importat restitutionis verbũ. *l. videamus. 38. § in Fauiana. ff. de vsuris. & habetur in c. grauis. de restit. spoliat.* Id-
40 circo spoliatorẽ † audiendũ non esse, nisi vniuersos fructus & accessiones & expensas prius restituerit, vsq; ad minimũ nummũ, respondit Baldus *in c. conquerente in princ. de restitut. spoliat.* Verum istis nil morantib. contrariã sententiam tanquã probabiliorem & æquiorẽ amplexi sumus, nimirũ dictos heredes audiendos esse in petitorio (si alias ob causas nõ exclu-
41 derentur, & actio illis cõpeteret) non † obstante dicta exceptione spolii plene ac perfecte non purgati, ratione fructuum non liquidatorum, si modo fructus liquidandos offerrent cum fideiussore. Mouemus primo *ex l. 5. ff. de statulib.* ex illis verbis, *de eo quod obscurius est satisdare paratus est. & c. 2. ex l. seruus si heredi. ff. § 1. eod tit.* ex illis verbis. *si obtulerit eam quantitatẽ quæ refundi debuit ex fide veritatis.* Tertio quia sic in simili receptũ est, cum enim contumax † non audiatur nisi 42
prius refectis expensis. *vt in l. sancimus. C. de iudiciis.* id tamen locum habet, quando expensæ sunt taxatæ & liquidæ, si vero sint taxandæ & liquidandæ sufficiat eas offerre, & de eis exoluendis facta liquidatione fideiussorem dare. ita post Bartolum, Baldũ & multos alios quos refert, docet Ias. *in d. l. sancimus. n. 11. C. de iudiciis* Decius *in l. edita. n. 94. C. de edendo.* Postremo moti sumus authoritate dominorum Rotæ, qui ita ex facto obseruarũt in causa huiusmodi exceptionis spolii non plene purgati, quoad fructus † non li- 43
quidatos vt habetur apud Mohedanum *decis. 3* u. refert & sequitur Ioann. Bapt. Pontanus *in transac. l. de spolio. lib. 4. c. 2. n. 31.* Ad argumentum in contrarium respondemus, illud habere locum quando fructus sunt certi & liquidati, tunc enim sunt restituendi, sed si nondum liquidati sint, secus, quia tunc non potest is qui spoliauit eos restituere, vnde satis est si se ad restitutionem offerat oblato etiam fideiussore.

Quarta est quæstio, quisnã in prædicto casu esset iudex cõpetens. Huius quæstionis sensus duplex esse videtur, Primus quis iudex esset competens in dicto casu, scilicet de quo proxime quæsitum fuit, vtrum scilicet exceptio spolii nõ plene purgati obstare possit petitorio iudicio acturis, si nimirum ratione fructuum non liquidatorum offeratur satisdatio, vel depositum. Alter sensus est quis iudex futurus sit cõpetens in dicto casu, scilicet in iudicio petitorio, ac rei vendicatione, quatenus illa detur & competat dominis Stopherianis heredibus, & nihil eis obstet. Si iuxta priorem sensum quęstio proposita intelligatur, facilis nobis videtur esse solutio, is enim competens esset iudex ad huiusmodi quæstionẽ cognoscendam, qui competens esset in ipsa causa & negocio principali. Nam quęstio hæc an obstet agenti petitorio illa exceptio, quod spolium plene non purgauerit fructus omnes restituendo, dicitur esse incidens vt patet, consequenter, iudex † causæ princi- 44
palis eam determinabit. *l. quoties. C. de iudiciis. l. 1. C. de ordine iudicior. ibi. vniuersam incidentem quæstionem, &c.* late notant doctores vtrobiq;. *& in c. 1. & 2. de ord. cognitio.* de quo fuse disputat Iacob. Menoch. *de arbitr. iudic. quæstione 45.* & alii doctores passim. Si vero secundum posteriorem sensum quæstio accipiatur, atque adeo etiam de eo ipso agatur, quis in huiusmodi causa principali iudex esset, respondemus non esse adeo facilis explicationis: propterea quod aliquibus textibus & rationibus respondendum videtur, causam coram paribus curiæ cognoscendam: aliquibus vero persuaderi possit coram domino feudi agitandam esse: & aliquibus denique, coram ordinario iudice rei conuenti. Nos itaque diligenter omnibus pensatis argumentis hinc inde prætermissis, tanquam non admodum necessariis, præsertim quia & ipsa quæstio præsuppositis superiorib. à nobis firmatis cõclusionibus, nõ vsque adeo magni momẽti esse videatur, respõdemus ita distinguẽdo. Aut vtraq; pars litigatorũ feuda possidet, & inter vasallos est eiusdẽ principis Brunsuicẽsis, hoc est, habet feuda ab ipso principe, & tũc iudex, cõpetens in eiusmodi causa esset princeps ipse Brunsuicensis, quia cũ inter duos vasallos de aliquo feudo est controuersia, causa coram domino cognosci debet, textus *in c.*

Imperia-

Imperialem. §. *si duo. de prohibita feudi alienatione per Fridericum.* Si vero Stopheriani heredes non sunt vasalli eiusdem Principis, hoc est, non habent alia bona feudalia, quorum inuestituram acceperint à dicto Principe, tunc respondemus tem incidere in illam disputationē, quis iudex sit cōpetēs inter duos, quorū vterq; feudū aliquod ad se pertinere cōtendit, quia Stophetiani vēdicare intendūt huiusmodi feudū, illudq; ad se pertinere cōtendunt, cōtra vero
45 Hambstidiani ad se ptinere dicūt. In † hac igitur quęstione licet Andreas de Isernia & Matth. de Afflict. *in cōmentariis dicti c. Imperialem* §. *praeterea si duo. de prohibita feudi alienatione per Fridericum*, in ea sentētia esse videantur, quod iudex competens sit dominus feudi, *authoritate dicti* §. *praeterea si duo.* qui textus indistincte loquitur, & tanquam posterior, præualere debet omnibus aliis legibus & earum distinctionibus: ta-
46 men nobis videtur hoc in casu contraria † sententia & verior & communior, quod nimirum iudex competens sit ordinarius iudex rei conuenti. In hanc sententiam impellit nos primo text. *in c.* 1. *si autem inter pares duos. de lege Corradi.* ibi *coram iud ce vel arbitro finiatur.* Secundo *ex c.* 1. §. *si duo. de pace tenenda.* Tertio, *ex c.* 1. *de inuestitura in maritum facta.* ibi. *Mihi & aliis placet potius iudicem ordinarium &c.* Quarto, ex
47 communi doctorum sententia & † interpretatione, ita enim docuit Glossa *in dicto c. Imperialem.* §. *praeterea si duo, in verbo, duos, de prohibita feudi alienatione per Fridericum.* Baldus *in d. c.* 1. *de inuestitura in maritum facta.* Decius *in c. caeterum. num.* 11. & ibidem Felinus *nu.* 7. Curtius iunior *in tract. de feudis par.* 7. *n.* 5 Iacob. Cuiac. *in comment. feudor. lib.* 1. *tit.* 15. *sub littera* F. Petrus Gregor. Tholosanus *lib.* 6. *syntagm. c.* 21. *sub n.* 6.

His non obstant Iserniæ & Afflicti authoritas, quia textus quo nituntur, clare loquitur, quando inter duos vasallos de feudo est controuersia. Sed hic non sunt duo vasalli, imo vterque alterum contendit non esse vasallum, & feudum ad se spectare, consequenter ille textus non facit contra sententiam nostram, & hæc de quæstione quarta.

Sequitur quinta quæstio Si Stopherianis heredibus nulla actio realis competeret contra Hambstidtios, an non mortuis Hamstidtiis (duo enim tantum adhuc viuunt) à Principe non obstante transactionis postea secutæ clausula, eiusmodi bona petere possint, & quo modo in hoc casu sibi cauere debeant.

Nobis videbatur primo intuitu respondendum dictos Stopherianos heredes nil à Principe petere posse, licet enim transactionis verba non viderimus, quod certe opus fuisset nobis, tamen præsupponitur in ea renunciatum esse regressui, siue actioni cōtra Principem competenti, eam ob causam, quod bona de quibus agitur restitui mandauerit D. Ioanni Hambstidtio, cum iam ea concessisset ac donasset D.
48 Stophero. Est enim, expediti iuris † renunciantibus iuri suo regressum amplius ad illud non dari. *l quaeritur.* §. *si venditor. ff. de aedil. edicto. l* 1. §. *qui semel ff. de successi. edicto.* Late Paritius. *cons.* 26. *numer* 44. *lib.* 5. Crauetta *cons* 290. *num.* 2. & Ioannes Cæphalus *in consil* 157. *num.* 5. & in specie de renunciante feudalibus bonis, quod excludatur, nec amplius ad ea ius
49 habeat, etiam si postea bona perueniant † ad eum, quo mortuo ipse renuncians alias succedere debeter, docet Glo. *in c.* 1. *de eo, qui finem fecit agnatu.* Alexander *in cons.* 13. *num.* 5. *lib.* 5. Iason *in cons.* 7. *col.* 2. *vers. secundo respondetur. lib.* 3.

Verum istis nil morantibus contrariam sententiam veriorem esse ac æquitati magis consentaneam arbitrati sumus: nimirum, mortuis dictis Hambstidtiis, & feudalibus eiusmodi bonis ad Principem deuolutis ac reuersis ius competere Stopherianis heredibus ad ea petenda, dictumque Illustriss. Principem teneri ea restituere, memorata transactionis siue renunciationis clausula non obstante.

Fundamentum huius nostræ sententiæ illud est, quoniam vbi Princeps ex iusta causa, quæ publicam respicit vtilitatem rem suam alicui aufert, tenetur cessante eiusmodi causa & vtilitate publica, eandem rem ei restituere. Sed sic est in proposita specie, quod Princeps ademit Stopherianis heredib. siue ipsi doctori Stophero eiusmodi bona, ex causa iusta publicam vtilitatem respiciente, eaque restitui mandauit memorato Ioanni Hamstidtio, & hæc causa publicæ vtilitatis, mortuis dictis Hamstidtiis, cessabit, ergo tenebitur Princeps dicta bona Stopherianis heredibus restituere dicto in casu.

Maior proposito probatur. Primo ex regula generali quod cessante † causa cessat effectus. *c. cum cessante de appell. in omni. ff. de adopt.* latissime Tiraquellus 50
in tractatu cessante causa. in prima parte. n. 11. & 12. Secundo, ex eo quod dicitur cessante causa dispensationis effectum cessare, *c. priscis.* 55. *distinct.* Tertio, *ex l fin. C. qui non possint ad libertatem peruenire*, ibi, *nam priore casu morte eius cui consulebatur libertas potest peruenire.* Quarto & postremo authoritate doctorum, qui in specie docuerunt, Principem † auferentem alicui rem ali- 51
quam ex causa publicæ vtilitatis, teneri eandem ei restituere dicta causa cessante. ita omnium primus docuit Innocentius *in c. quia plerique. de immunitate ecclesiarum*, referunt & sequuntur Felin. *in c. quae in ecclesiarum. de constit. n.* 29. vbi etiam aliis rationibus id cōprobat Decius *ibid. n.* 22 Barthol. Socin. *in cons.* 164. *n.* 10 *lib.* 2. Afflict. vere in terminis nostris *decis.* 361. *n.* 29. Ruinus *cons.* 3. *n* 13. *lib* 1. & 37. *n.* 7. *lib.* 4 Tiraq. *in d. tractatu cessante causa. in prima parte. n* 20. Rolan. à Valle *in cons.* 91. *n.* 48. *lib.* 2. & Anton. Gabriel *comm. conclus. tit. de iure quaesito non tollendo. conclus.* 4.

Minor autē propositio patet, quia in eo versabatur causa publicæ vtilitatis, quod inter dictum Principem & S. Ducem pax & transactio esset facta, ea lege & conditione vt Ioanni Hambstidtio, & similib. bona sua restituerentur, vt enim pax effectum haberet, publice interfuit bona restitui dicto Ioanni Hābstidtio, sed eo iā mortuo, & successorib. eius, bonisq; reuersis ac deuolutis ad Principem, iam nō amplius pax & transactio infirmari potest, iam nulla vtilitatis publicæ ratio est, quæ suadeat, Principem retinere debere talia bona, & illa Stopherianis heredib. quibus iam ademit, nequaquam restituere. Cessauit vt patet causa ablationis factæ, cōsequenter cessare debet ablatio, & bona quæ sunt ablata iis restituenda sunt, vt probant doctores allegati. Nec obstat si dicatur hęc procedere, quando is, cui bona sunt adempta ex causa publicę vtilitatis, dominus erat ipsorum bonorum ablatorum, sed hoc in casu Stopherus non erat dominus, quia Princeps nō potuit ei dare dicta bona, & ea Hambstidtio auferre nulla præcedente sententia parium curiæ, aut saltē notorietate, vt conclusum est in prima quæstione. Nam dupliciter respondemus. Primo quod licet ex actis ad nos transmissis non appareat delicti Hambstidtiani notorietas, fieri tamen potest, vt re vera delictum fuerit notorium, & iustā habuerit Illustriss. Princeps causam auferendi eidem bona prædicta. Deinde dicimus Principem ac successorem eius, qui dedit bona Stophero non posse † referre hanc domini quęstionē al- 52

I 3 legan-

legãdo bona iniuste adempta fuisse: detegeret enim turpitudinem suã. *l. si creditorib. C. de seruo pignori dato manumisso*. Gl. *in l. cum res. C. de probat.* & ibi Bart. & alii, idem Bart. *in l. rem alienã. n. 6 ff. de pignoratitia actione.* Præsertim quia etiam res aliena recte in feudum datur, & eam dans tenetur de euictione. *vt in c. 1. de inuestitura de re aliena facta.* Difficultas omnis in eo posita esse videtur vtrum transactionis clausula obstet Stopherianis heredib. qua scilicet regressui contra principem renunciarunt. Huiusmodi ergo renunciationem dictis heredibus nõ obstare existimamus argumentis sequentibus.

Primo quia hæc est natura renunciationis, vt intelligatur facta de iure quod renuncianti competit,
53 non autẽ † de iure quod non competit, licet fortasse in futurum competere possit, *ita ex l. qui cum tutorib. ff. de transact. ex l. Paul. Callim §. 1. de leg. 3.* & ex aliis argumentis & rationib. docent Bart. *in l. post emancipationẽ. §. illud ff. de liberatione legata & in l. qui Romæ §. duo fratres in 6. q. ff. de verb. oblig.* Ripa *eodem loco. n. 77.* Romanus *conf. 12.* Curt. iun. *conf. 23. n. 2.* Bened. Capra *in conf. 12. in fine.* & alii passim. Sed tempore transactionis ac renunciationis nõ competebat Stopherianis heredib. aliquod ius cõtra principem ad petenda huiusmodi bona, quia non dum erant mortui Hambstidtii, ergo ad eiusmodi casum memorata renunciatio non refertur. Refertur autẽ ad ius & actionẽ quæ tunc ipsis Stopherianis heredib competebat, & cõpetere poterat, aduersus principẽ, nimirum ad id quod ipsorũ intererat bona eis adempta non fuisse, est enim certa & explorata iuris sententia, quod si princeps ex causa publicæ vtilitatis auferat alicui rem suam, teneatur
54 eidem † precium siue aliud æquiualens præstare, vt probat textus *in l. mulier in opu. ff. de capt. & postli. reuersis. in l. in bello. §. si deportatum. ff. eod. in l. 2. C. quib. ex causis ser- i premium libertatis accipiant.* late Rolan. à Valle *in conf. 69. lib. 2.* Menoch. *de arbitrariis iudic. q. 48. n. 9.* & alii plures quos refert & sequitur Fransc. Bursatus *in conf. 54. n. 22.* Huic itaq; actioni tunc competenti renunciasse intelliguntur, nõ autem actioni de qua agitur post mortem dictorum Hambstidtiorum cõpeti turæ. Secundo quia in materia renunciationis feudi traditum & receptũ est, quod si aliquis feudo, verbi gratia paterno renunciauerit agnato, deinde feudum ipsum vacauerit per mortem eius qui eum tenebat, potest nihilominus ad eius successionẽ ve-
55 nire, quia † renunciatio facta intelligitur reb. sic stãtibus & quatenus tunc renuncianti ius competeret, non autem quatenus ex futuro euentu ius ei competere posset. *tex. clarus in c. 1 de eo qui finem fecit agnatis.* quo textu ita docet Baldus *in l. 1 q. 50. ff de rer. diui.* Alurotus *in d. c.* Alex. *in l qui Romæ. §. duo fratres. n. 60. ff. de verb. obl.* Ias. *in l. 1 § veteres. n. 24. ff. de acq. poss.* & alii, quos refert & sequitur Tira. *de iure primogen. q. 86. n. 7.* Tertio, renunciatio non est trahenda ad eum casum
56 de quo verisimiliter † nõ cogitauit is, qui renunciauit. *l. qui cum tutorib. ff. de transact. l. si de certa. C. eod.* Soci. sen *late in conf. 2 4. col. 4. lib. 2. & conf 103. n 5. lib. 3.* Sed de casu isto videlicet futuræ vacationis & reuersionis feudi ad dominum ex morte omnium Hamstidtiorum cogitatum nõ censetur à Stopherianis heredib.
57 qui renunciarunt, quia mortem liberi hominis † expectare neq; ciuile neq; naturale est. *l. inter stipulantẽ. §. sacram ff. de verb. obl. l. fin C. de pact. cum similib.* igitur ad hunc casum renunciatio prædicta non extenditur.
58 Quarto renunciationis causa † cessante cessat renunciatio. *l. in onerib. §. auctio. ff. de vacatione munerum.* & notat Baldus *in conf. 437. col. 2. lib. 1.* Decius *in consil. 86.* & alii, quos refert & sequitur Tiraquellus *in tractatu cessante causa. in prima parte. n. 114.* Sed causa renunciationis in specie nostra cessat, ergo cessare debet renũciatio. Quod cesset causa renunciationis patet, quia renunciarunt heredes Stopheriani regressui contra principem, ne de suo proprio cogerentur eis feudi euicti & adempti nomine aliquid præstare, sed iam de propriis bonis nihil præstaturus est, nihil ei decessurum est, feudum enim ad ipsum reuertitur, ideo illud dictis Stopherianis restitu[illegible] debet. Quinto & postremo renunciatio facta regressui contra principẽ non potest intelligi respectu iuris, quod in hunc futurum euentum memoratis heredibus competiturum erat, quia † iuri futuro & quod non- 59
dum competit renunciari non potest. *l. 1. §. decretalu. ff. de successo. edi. l. si quis. 21. §. 1. l. in repudianda. l. qui superstitu. ff de acqui. hered. l. si ita scriptum. §. 1. de leg. 2. l. qui potest. 134. de reg iur.* Alciatus pulchre *in l. delata. ff. de verb. sign.* Francisc. Hotomãnus late *in conf. 7[illegible] n. 67.*

Ad argumenta in contrarium respondemus concedendo, ad ius illud, quod quis renunciauit ac repudiauit, regressum amplius non dari, sed dicimus in proposito renunciatum fuisse duntaxat actioni cõpetenti ad precium feudi adempti, quæ actio tunc competebat Stopherianis heredibus, non autem actioni quæ competitura eisdem est mortuis Hambstidtiis & feudo ad dominum reuerso: rationibus & argumentis iam à nobis allatis.

Ad alterum argumentũ de renunciante simpliciter feudo quod nullum habeat amplius regressum, respondemus, id dato quod verum sit, casui nostro non obstare, quia Stopheriani heredes non renunciarunt feudo, sed tantum regressui, seu actioni & iuri illis competenti contra principem, ratione, scilicet feudi eis adempti. & Ioanni Hambstidt restituti. Et cum renunciatio sit stricte & proprie accipienda minime † extendi potest ad feudum, *argumento l. si* 60
domus. ff. de seruit. vrb. præd. l. si vnus. §. ante omnia. ff de pactu. Decius *in conf. 376. n. 3 & 495. n. 15. & in l. postquã liti. n. 15. C. de pactis.* late Crauetta *conf. 241. n. 6.* Quomodo autem hac in parte Stopheriani heredes sibi cauere debeant, non vsq; adeo difficile arbitramur intelligere. Debebant enim mortuis Hambstidtiis ad principem recurrere, illiq; supplicare, vt bona sic ablata eisdẽ restituere velit, & ad id persuadendum ea iura proferre quæ nos hic pro iustitia attulimus, hocq; ipsum facultatis nostræ responsum, & si quæ habuerint similia exhibere, neque enim dubitamus quin princeps ille Illustriss. cuius mens & animus & præsumitur & est talis, qualis de iure esse debet, bona hæc ad se reuersa iterum restituat Stopherianis heredibus. Quod si rogatus ea qua decet dexteritate ac submissione precibus annuere nolit, poterunt Stopheriani heredes ad ordinarium ipsius principis iudicem ac superiorem confugere iuxta sacri Imperii Romani ordinationes & recessus cumq; in iudicio conuenire, & compellare vt bona hæc restituat, quemadmodum de iure tenetur, vt iam diximus.

Postrema nobis restat quęstio explicãda quæ talis est, quia in processu & actis inter principẽ actorẽ ex vna, & Hãbstidtios reos ex altera iniuria affectus esse videtur Stopherus iã antea defunctus, an non Hãbstidtii, item illorũ aduocatus, & alii auxiliantes, præsertim scriba, ciuili iniuriarũ actione possint conueniri, & iniuria illata, magna summa pecuniarum æstimari, & quomodo cum omnibus circumstantiis hæc iniuriarum actio proponenda & instituenda sit, & an ei obstet exceptio spolii in Camera Spirensi pendens & nondum plene expedita.

Quod attinet ad hanc quæstionem videbatur nobis pri-

bis prima facie respondẽdum actionem iniuriarum
competere tam aduersus principales Hambstidtios
61 quam etiam aduersus † auxiliatores, præsertim vero
aduocatũ ipsorũ. Primo *ex l.1. ff. de iniuriis.* in illis ver-
bis, *idemq; est & si fama illius cui heredes extitim⁹ lacessatur.*
quib. verbis IC. docet heredi actionem competere
pro iniuria defuncto illata. Negari autem nõ potest,
quia defuncto fuerit in specie nostra iniuria illata, &
existimatio eius ac fama lacessita & labefactata, ex
eo quod in libello exceptionũ dictorum Hambstid-
tiorum continetur, idq; in pluribus locis earundem
exceptionum, & actorũ. Secundo *ex l. si quidem C. de
iniuriis.* vbi probatur actione iniuriarum teneri eum
qui in iudicio alicui iniuriã dixit si eam nõ probaue-
rit, quemadmodũ nec in casu nostro crimẽ obiectũ
doctori Stophero fuit probatum. Tertio *ex l. si tibi. C.
de libe. causa.* vbi idem dicitur. Quarto *ex l. si vero. §. quo
pro res qualitate ff. qui satisd. cogan.* vbi dicitur, si quis in
62 iudicio fideiussorẽ, qui † euidentissime idoneus erat,
repudiauerit, conueniri posse ab ipso fideiussore in-
iuriarum actione. Quinto *ex cap. 1 §. vlt. de [illegible] lib. 6.*
vbi dicitur eum puniri, qui personæ [illegible] quod
crimen obiecerit, si illud non probauerit. P[illegible]no
authoritate eorum qui in specie docent [illegible] actione
iniuriarũ teneri eum, qui excipiendo [illegible] cri-
63 men obiecit, quod postea nõ † probauit, ita tradit docet
Oldrad. *in cons. 53* Fulgosius *cons. 74.* Roman. *cons. 96.*
Socin. iun. *in cons. 148. lib. 1.* & cõmunem esse senten-
tiam fatetur Bossius *in pract. crim. tit. de iniuriis. post n. 4.*
& in specie de aduocato quod iniuriarum teneatur
probat tex. *in l. quisquis C. de postulando.*

Verum istis nil mouentibus, contrariam senten-
tiam longe probabiliorem & æquiorem esse cense-
mus, nimirũ in proposita specie nullam competere
actionem iniuriarum contra Hambstidtios & multo
minus contra aduocatos ipsorum aliosq; adiutores.
In hanc sententiã adducti sumus, quoniam Hambstid-
tii, quicquid in libello exceptionũ aduersus doctorẽ
Stopherum dixerunt, id se dixisse protestati sunt nõ
iniuriandi animo, sed defendendi sui iuris gratia, vt
scilicet cõstaret Principem incidisse in maximas an-
gustias, & pericula, & damna incurrisse, non ex Io.
Hambstidtii culpa & dolo, sed dolo & culpa dicti
doctoris Stopheri Itaq; versamur in ea iuris contro-
uersia, vtrum is qui crimen obiicit in iudicio alicui,
se defendendi gratia, illudq; non probat, teneatur
& conueniri possit iniuriarum actione. In qua quidẽ
quæstione negantem sententiam in proposita specie
veriorem esse, non dubitamus. Primo *ex l. nulla. C. de
delatorib. lib. 10* in illis verbis, nulla calumniæ macula,
&c. qui nõ se sed alium possessorem esse monstrauit.
Idem dicitur *in l. delator ff. de iure fisci.* Secundo quia
64 hæc est omnibus probata conclusio iniuriarum † a-
ctione non teneri eum, qui non habuerit animum
iniuriandi *l. si non conuitii C. de iniuriis. l. illud § 1. ff. eod.
tit.* cum sexcentis similibus. Quod autem aliquis ani-
65 mum iniuriandi non habuerit ex † coniecturis pro-
batur; quarum illa est vna, quando alia causa etiamsi
non prorsus legitima considerari potest, id probatur
ex l. item apud Labeonem. §. si quis astrologus. ff. de iniuriis.
vbi textus ait iniuriarum actione non teneri, qui tan-
quam astrologus illicitam diuinationem profitẽdo,
consultus ab aliquo vt furem rei indicaret, aliquem
nominauit, qui reuera fur non erat, ratio est, inquit
Gl. quia non dolo sed suæ artis gratia id fecit. Altera
est coniectura quando aliquis defendendi iuris sui
gratia id fecit *l. 3. §. quod ait prætor. ff. de incendio, ruina,*
66 *naufragio.* Hinc iure proditum est appellanti † à sen-
tentia permissum esse, sentẽtiam iniquam appellare.
l. præfecti. ff. de minorib. & tamen nullibi constitutũ est
cum eo iniuriatum agi posse, licet iniuria esse videa-
tur, quia iudex inique iudicans ex delicto vel quasi
ex delicto tenetur *l. vlt. ff. de variis & extraord. cog. l. 1. &
toto tit. C. de pœna iudicis qui male iudicauit.* non alia rati-
one, nisi quia is qui sententiam iniustam dicit non
censetur animo iniuriandi id dixisse, sed sui defen-
dendi gratia. Postremo propter authoritatem † eo- 67
rum, qui hanc negantem sententiam sunt amplexi,
Albertus Gandinus *de malefic. tit. qui accusare non pos-
sunt. n. 39.* & multi alii quos refert & sequitur Autfe-
rius ad *Capellam Tholosanam. q. 409. vers. sed pone.* quib.
adde Iasonem alios citantem *in l. vlt. ff. quod quisq; iuris.*
& Bossium *tit. de iniuriis. n. 4.* vbi hanc sententiã tan-
quam veriorẽ secutus videtur. Et in specie nostra res
videtur planior, quia excipiens adhibuit eam prote-
stationem quod non animo iniuriandi ea verba di-
xerit: licet enim talis protestatio nihil operetur quã-
do verba prolata iniuriam continent, & nulla est cõ-
iectura, quod abfuerit iniuriandi animus, vbi tamẽ
aliqua est coniectura, vt in casu nostro, illa protesta-
tio multum operatur, sicuti declarat Iulius Clarus. §.
iniuria. vers. sed pone. Item eo magis in casu hoc nostro
sententia horum admittenda est, quia dicti excipi-
entes nõ fuerunt in eo pertinaces quod probare co-
nati fuerunt crimina obiecta esse vera & nõ probaue-
rint, etenim in hac quæstione ad cõciliandas docto-
rum opiniones, adhiberi solet communiter hæc di-
stinctio teste Aufrerio *in loco allegato*, quod si crimen
obiiciens conatus fuerit probare & nil probauerit,
teneatur iniuriarum nomine, secus vero, si probare
non curauerit, vel ex aliqua iusta causa probare non
potuerit. Quod in proposito accidit, nihil enim pro-
batum est, nec probari tentatum est in præsenti cau-
sa ab aliqua ex partibus, quia statim postquam ad a-
liquos actus processum fuit, pronunciatum est à
patrib. eam actionem institutam esse nullam, & id-
circo dictos Hambstidtios absoluendos, vt in actis.

Non obstãt argumenta contra primam rationem
adducta, quia quod attinet ad primũ respondemus,
verum esse quod actio iniuriarũ heredi † competat, 68
quãdo defuncti fama lacessitur *vt in d. l. 1. ff. de iniuriis.*
sed dicimus hæc intelligenda esse, quando iniurian-
di animus adsint, qui quidem in proposito cessat.

Ad tex. *in l. si quidem C. de iniuriis*, qui secundo loco
adducebatur respõdem⁹ ibi Imperatorẽ loqui de eo
qui in iudicio verba iniuriosa dixit animo iniuriandi
patet in illis verbis textus. infamandi causa & cætera.
hic autem excipientes gratia se defendẽdi, ea verba
dixerunt, vt iam deduximus, non autem infamandi.

Ad tex. *in l. si tibi. C. de lib. causa* eodem modo † re- 69
spondemus, ibi enim per calumniã & malo animo
iniuria dicta fuit, vt patet ex illo verbo tex. improbe.
& ibi Gl. improbe, id est, per calumniam.

Ad tex. *in l. si vno. §. qui pro rei.* respõdemus illud esse
quia diffamare † aliquẽ de paupertate cum sit diues 70
continet iniuriam, & ideo tenetur sic diffamans in-
iuriarum actione cum nullam aliã ob causam videri
possit id fecisse nisi animo iniuriandi.

Ad tex. *in c. 1. § vlt. de elect. li. 6.* respondemus ibi pu-
niri † propter calumniam à qua etiam tex. dicit ex- 71
cusari posse ob iustas causas.

Ad authoriates allegatas respõdeo alios contrariũ
docuisse & hanc sententiam veriorem esse & in du-
bio sequendam † cum excludat actionẽ iniuriarum 72
quæ est odiosa *c. odia. de reg. iu. in 6.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro nobilibus Ponziis Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII XVI.

Agitur de interpretatione cõtractus Et quando sit licitus census & venditio cum pacto retrouendendi Et de pacto legis commissoriæ in pignoribus & de aliis.

SVMMARIA.

1 *Verborum proprietas attenditur.*
2 *Relatum est in referente.*
3 *Supplicans fatetur vera esse contenta in precibus.*
4 *Contractus is videtur celebratus quem ostendit eius qualitas & forma.*
5 *Census fit super re immobili fructifera.*
6 *Feudum potest pignorari cum consensu domini.*
7 *Et vendi quoque.*
8 *Creditor reddens rem pignoratam deteriorem, tenetur.*
9 *Venditio est quando res pro precio datur.*
10 *Census annui emptio licita.*
11 *Census venditio an sit licita sub conditione vt redimi non possint nisi vsq; ad certum tempus.*
12 *Census venditio licita ad rationem quinque pro centum.*
13 *Contractus totus non vitiatur licet in aliqua parte sit illicitus.*
14 *Pactũ vt non liceat redimere censum nisi facta prius denunciatione licitum est.*
15 *Res super qua census est constitutus est obligata.*
16 *Res vni obligata alteri obligari non potest.*
17 *Res pignorata manet in dominio debitoris.*
18 *Pactum illicitum contractui licito adiectum vitiatur & non vitiat.*
19 *Creditor fructus pignoris in sortem imputat.*
20 *Emens rem cum pacto reuendendi fructus interim suos facit.*
21 *Emptio & venditio cum pacto retrouendendi est licite.*
22 *Precium rei venditæ cum pacto retrouendendi quod dicatur iniustum.*
23 *Pactum de retrouendendo minuit iustam rei æstimationem.*
24 *Rei alteri obligata minus valet propter onus annexum.*
25 *Volenti & scienti non fit dolus.*
26 *Pactum retrouendendi & modicitas precii an sufficiant ad reddendum contractum fœneraticium.*
27 *C. illo nos. de pig. declaratur.*
28 *C. ad nostram. de empt. & vend. declaratur.*
29 *De eodem.*
30 *Lex commissoria in pignoribus non valet.*
31 *Ratio cur hoc ita sit constitutum.*
32 *Cessante ratione prohibitionis cessat prohibitio.*
33 *Antichresis valet iure ciuili.*
34 *Promissio sub fide æquiparatur iuramento.*
35 *Iuramentum firmat pactum legis commissoriæ in pignoribus.*
36 *Renunciare quis potest iuri priuato, non autem publico.*
37 *Confirmatio ex certa scientia quid operetur.*
38 *Pactum legis commissoriæ in pignoribus quando valeat.*
39 *Incertitudo fructuum percipiendorum facit contractum licitum.*
40 *Contractus valet qui se habet tam ad lucrum quam ad damnum.*
41 *Vsura consideratur proprie in mutuo.*
42 *Contractus fœneraticius nõ est ille de quo præsens est consultatio.*
43 *Contractus in dubio præsumitur licitus.*
44 *Creditor tenetur fructus pignoris in sortem imputare.*
45 *Contractus census quando sit vsurarius.*
46 *De eodem.*
47 *Pactum vnum illicitum in contractu non reddit totum contractum illicitum.*
48 *Pactum quodnam inducat vsuræ suspicionem.*

Christi redemptoris nostri subsidio humiliter implorato.

RESPONDIMVS non ita pridem in causa Illustriss. Dominorum Comitum Mansfeldensium ex vna, & Nobilium Dominorum Ponziorũ ex altera, in qua controuertitur de contractu seu contractib. inter eos initis, & inter Steinbergium & Hollam, quorum iura in dictos nobiles Ponzios ex cessione translata sunt super castro Fridburg. dictorũ Comitum, an sint liciti & de iure permissi, an vero fœneraticii ac reprobati. Respondimus eiusmodi cõtractus esse licitos ac legib. approbatos, non autem illicitos ac fœneraticios, & consequenter fructus quos iidem nobiles Ponziani ex castro perceperant non esse in sortem imputandos, eo tempore, quo castrum ex lege contractus à Comitib. redimi contingat. Sed eos lucro & commodo ipsorum nobilium Ponziorum cedere debere. Diximusq; tres contractus celebratos fuisse inter dictas partes, nimirum venditionis census annui super ipso castro: Itẽ pignoris pro ipsius census annui promissi solutione, ac etiam pro sortis principalis pecuniarum securitate & cautione: & denique contractum venditionis eiusdem castri cum pacto reuenditionis, si tempore conuento annuus census à dictis Comitibus non redimeretur. Ita vero respectu annui census conclusimus, vt quia in vna parte contra imperialium constitutionum formam, vsuras semisses continet, non idcirco totus illicitus reputari debeat, sed ad quincunces vsuras reducendus, iuxta formam dictarum imperialium constitutionum.

Huius nostri responsi rationes à nobis petuntur, ac super toto hoc negocio plenum elaboratumque consilium, cum responsione ad argumenta, quibus prima vt aiunt fronte, contrariam sententiam veriorem ac probabiliorẽ esse persuaderi posse videatur. Nos vero huic honestæ petitioni ac desiderio morẽ gerere in animum inducentes, vt consultatio ac respõsio hæc nostra clarior, planiorq; reddatur, primo rationes, & argumenta afferemus, quib. nos adducti in eam sententiam iuimus. Deinde sigillatim argumenta contraria refutabimus. Inutilem vero prolixitatem, ac superfluas quasdam allegationes, omittemus, quia existimamus, causam hanc à viris doctissimis ac prudentissimis esse cognoscendam, ac definiendam.

Dicimus itaq; inter comites Mansfeldenses & dominos Ponzios, & Steinbergium & Hollam celebratos fuisse ex instrumentis & actis ad nos transmissis, tres cõtractus supradictos venditionis scilicet annui census super castro Fridburg. oppignorationis dicti castri: Et eiusdẽ castri venditionis cum pacto reuendendi si tempore conuento reditus annuus non redimeretur, vt in instrumentis.

Hæc vera esse ita planum facimus. Primo quod attinet ad venditionem annui census, super castro res est perspicua. Id enim habetur in vtroq; instrumẽto, clare, & expresse, nimirum ipsis Dominis Ponziis præfatos comites Mansfeldenses vendidisse censum ac reditum annuum mille & ducentorum aureorum Rhenensium super dicto castro & fructibus seu reddib.

eius,

eius precio viginti millium aureorum Rhenensium, quos confessi fuerant à dominis Ponziis accepisse. Nec non Christophoro à Steinberg, & Ascanio ab Holla, quorum iura dominis Ponziis cessa fuere) eosdē comites vendidisse annuū censum ac redditū super eodē castro ac fructib. seu iurib. eius mille aureorū Rhenensiū, precio viginti milliū similiter Rhenensium aureorū, quos sibi fuisse numeratos à dictis Steinb. & Holla cōfessi sunt. Hęc ita clare patēt ex vtroq; instrumento, vt nullius dubitationi loc⁹ relinquatur. Quod vero dictū castrū Fridburg. & eius fructus, redditus ac iura omnia oppignorata fuerint memoratis dominis Ponziis nec non Steinberg. & Hollæ, tam pro summa principali 40. millium aureorum quam pro annuis censibus manifeste patet ex vtroq; instrumento. Nam in instrumento dominorū Ponziorum ita dicunt comites Mansfeldenses latine verba reddendo, *Oppignoramus ac tradimus illis & consortib. eorum hoc nostrum castrū dictum pro annuis illis redditib. ac summa capitali cum omnib. suis pertinentiis vt supra commemoratum est* Et rursus sic dicunt. *Et propterea iam in continenti dictū Ioachimū & Christophorū Ponzios eorumq; consortes in castri huius nostri Fridburg. cū omnib. suis pertinentiis, vt supra meminimus, ad solutionē annuorū redditvū ipsis venditorū, & assecurationē supra allegatæ summæ ipsorū capitalis viginti mill: fl. aureorū Rhenanorū effectualē ab eis occupatā possessionem pro expresso, vero, recto pignore, misimus.*

In instrumento autē celebrato cum Christophoro à Steinberg & Ascanio ab Holla ita dicunt iidem comites Mansfeld. *Et pro iam memorata sorte & redditib. annuis, nos supra recensiti comites &c. supradictis Christophoro à Steinberg, & Ascanio ab Holla &c. Castrum nostrum Fridburg. cum omnib. suis pertinentiis, cum omnib. prædiis, iuribus, priuilegiis &c. in verum reuenditionis pactum ad tres annos à die dati huius nostri instrumenti oppignorauimus ac tradidimus, oppignoramus ac tradimus ipsis eorumq; consortibus hoc nostrū castrū vt supra dictum est pro illa pecunia &c.*

Et rursus. *Et propterea iam in continenti dictum Christophorum à Steinberg. & Ascanium ab Holla & consortes in castrū nostrū Fridburg. cum omnib. pertinentiis vt supra meminimus ad solutionem annuorū redditūum, & assecurationē supra memoratæ suæ summæ capitalis possessionē effectualē ab eis occupatā pro expresso, vero, & recto pignore misimus &c.*

Deniq; quod ab iisdem comitib. facta fuerit venditio eiusdē castri dictis dominis Steinbergio, Hollę & Ponziis, cum pacto redimendi, si scilicet annuus redditus intra cōstitutum tempus redemptum non fuisset & alia promissa per dictos comites obseruata non essent, id ex vtroq; instrumēto euidenter patet, siquidem comites in vtroque instrumento ꝓmittunt, vt si ad determinatū tempus añuus redditus nō fuerit solutus, & in redemptione intra tempus præfixū facta mora fuerit cōmissa, ac in solutione summæ capitalis tempore redēptionis aut in aliis articulis pūctis & partibus in quib. eos instrumenta obligant. Tunc memorati nostri creditores (inquiunt) eorumq; consortes habebunt liberrimum ius ac potestatē sępe dictum castrum nostrū Fridburg cum omnib. suis fructibus ac pertinentiis, sine omni rationum redditione, pro nominatis 40. millibus aureorum, summa capitali & añuis redditib. per semetipsos occupandi, & *pro valido ac sincero reuenditionis pacto, possidēdi ac retinēdi,* donec ipsis & cōsortib. summa ipsa pecuniarum vna cū residuis añuis redditib. fuerit reddita ac restituta &c.

Illa instrumenti vtriusq; verba, pro valido ac sincero reuenditionis pacto possidendi istud necessario important, q̄ nimirū castrū à dict. comitib. eo in casu venditum sit dictis dominis Ponziis. & cæteris consortib. Neq; n. reuendendi pactum locū habere potest nisi venditio facta esse intelligatur. Id magis pater ex instrumento cōsensus Archiepiscopalis impetrati à dictis comitib. super toto hoc contractu celebrato, vbi ita expresse dicitur, q̄ dicti comites castrū suum Fridburg. cū omnib. pagis, fructib. ac pertinentiis, ad constans & verū reuenditionis pactū tradiderint & vēdiderint Christophoro à Steinb. Ascanio ab Holla & Ioachimo & Christophoro Ponziis eiusq; heredib. &c. pro 40. millib. aureorum Rhenensium & quod ipse Archiepiscopus Magdeburg. vti dominus ipsius feudi, ad flagitationē ac instantiam dictorum comitum confirmauerit, & approbauerit dictā venditionē & contractū. Ex memoratis instrumentis ac literis contractuum argumenta duo sumi possunt in hunc modum. Ille contractus intelligitur esse celebratus inter partes, quē partes ipsæ expresserunt ac nominarūt. Sed partes de quib. agitur in literis ac instrumentis expresse dixerunt se dictos tres cōtractus celebrasse, nimirū, emptionem & venditionem census annui super castro Fridburg. Item obligationem seu oppignorationē dicti castri pro sorte principali & pro annuis redditib. Et deniq; venditionē eiusdem castri cum pacto reuenditionis, dicto casu, de quo in instrumentis habetur, ergo venditio cēsus annui, itē oppignoratio dicti castri, & vēditio eiusdē celebrata fuisse intelligitur. Illa maior ꝓpositio ꝓbatur, quia à verborū ꝓprietate † & natura nō est recedendū. *l. non* 1
aliter. ff. de leg 3. Quorsum.n. nomina, nisi vt demonstrent voluntatē dicentis? vt dicebat Tubero, Celso teste *in l. labeo ff. de supell. leg.* Atq; hæc est vulgaris apud nostros doctores regula, q̄ ꝓbatur ex *l. semper in stipulation. de reg. iu. l. interest. C. de solut l. fideiussores magistratuum. ff de fideiuss. l. si quis stipulatus sit Stichū. ff. de verb. obl.* & ex aliis legib. vt videre est ex Alex. *in cōs. 3. n. 3. li. 1.* Aretin. *cons. 55.* Decio *cons 305. n. 1.* Io. Ceph. *cons. 178. n. 13. lib. 1.* Iacob. Menoc. *de præsump. lib. 3. præsump. 104. n. 26.* & ex aliis quos industria omittimus. Minor aūt probatur ex instrumentis iam relatis, in quib. id quod assumpsim⁹ expresse cōtinetur, eorū tenorē hac in parte iam retulimus, vnde noua repetitione nō est opus. Et licet instrumenti cōsensus Archiepiscopalis verba in quib. narratur venditū fuisse castrū cū pacto reuēditionis fiendæ, vt supra recensuimus, nō sint immediate scripta & ꝓlata à memoratis dominis comitib. ac dominis Ponziis cæterisq; contrahentib. nil tamē refert, nec ideo minus dicta verba ꝓbant eiusmodi contractū esse celebratū, imo est pinde ac si ab ipsis partib. dicta verba ꝓlata fuissent. Primo quia instrumentū cōsensus Archiepiscopalis est pars cōtract⁹, vt patet vtroq; ex instrumēto cōtract⁹ celebrati, vtrūq; n. relationē habet ad cōsensū Archiepiscopalē, vnde relatū est in † referente cū omnib suis qualitatib. *leg.* 2
Asse toto ff. de hered. instit. cū aliis vulgarib. Secundo quia comites ipsimet impetrarunt eiusmodi cōsensum & illū tradiderunt D Ponziis & aliis consortib. vt patet tam ex ipso instrumēto cōsensus quam ex vtroq; instrumēto cōtractus celebrati. Quamobrē omnia cōtenta † in dicto instrumēto cōsensus vtraq; pars, prę- 3
sertim vero domini comites apꝓbare & cōfiteri vera esse & acceptare cēsentur, *arg. l. aū precū. C. de li. cau. & l. 2. C. de inst. & subst. in auth. ad hæc. C. de fide instr. in c. cū olim. de censib.* & ex aliis locis, quib. passim Dd. asserunt ac ꝓbant verba libelli supplicationis cōtra supplicātē ꝓbare, & instrumentū ꝓbare cōtra eū qui eo vtitur & illud ꝓducit, vt patet ex Oldr. *cons. 292. n. 1.* Dec. *in d. l. 2. C. de inst. & subst. n. 6.* Ossascus *decis. Pedemon. 38. n. 23.* & aliis de quib. per Ioseph. Masc. late *de probation. vol 1. concl. 368.* Alterum est argumentū, ille cōtractus videtur esse inter partes celebratus, quem † mate- 4
ria subiecta nec non ipsius forma & qualitas ostendit. Sed materia subiecta nec non forma & qualitas

in præsenti specie ostendit eos contractus fuisse inter partes gestos, ac celebratos, quos commemorauimus. Ergo ii contractus quos commemorauimus, censentur esse gesti ac celebrati inter dictas partes.

Illa maior propositio ex *l. si vno ff locati. ex l. ex cond. § Pap. eod. tit. ex l. insulam. ff. de præscrip. verbis.* & aliis quę in hanc rem citant Crauetta *in cons. 20. num. 1. & seq.* Rol à Valle *cons. 96 n. 15 lib 2.* Io. Cep. *cons. 1. n. 18.* Iaco. Menoc. *præsump lib. 3. præsumpt. 104. nu. 28 & aliis passim.*

Minor autem probatur. Nam quod attinet ad venditionem censusannui super dicto castro Fridburg. & eius fructibus id manifeste patet, cum forma ipsa, & qualitas contractus, & materia subiecta census venditioni optime respondeant, & congruant. Vere etiam & proprie annuus † census constituitur & emi-
5 tur super re immobili & fructifera, vt patet ex constitutione Martini & Calixti *in extrauag. tit. de emptione & vendi.* in illis verbis *super bonis suis dominiis oppidis &c.* & fuse tradunt Io. de Lignano *in ca. in ciuitate. de vsur.* Martinus Nauarrus *in comment. de vsuris. ante n. 86.* & Io. Bapt. Lupus Geminianus *ad l. 2. C. de pactis, inter emp. & vend. comment. 2. § 2. n. 63.*

Quod vero attinet ad castri pignorationem illa pariter ex materia subiecta congrue facta esse deprehen-
6 ditur, constat † n. bona feudalia pignorari posse, accedente consensu domini feudi, vt in præsenti specie accessit, *c. 1. de feudis c. 1. de prohibita feudi aliena. per Fridericum c. 1. de pignori dato feudo cum similib.*

Deniq; ex materia subiecta, nec non ex totius rei gestę forma castri venditionem, cum pacto de retrouendendo in eum casum, quo census non redimeretur intra tempus constitutum celebratam fuisse manifeste patet,
7 castrum n. & si res feudalis sit cum † consensu tamen domini qui hic intercessit recte vendi potuit, *c. 1. de prohib. feudi alie. per Frideri. cũ vulg.* Precium autem fuit summa quadraginta millium Rhenensium, vna cum annuis redditibus, in instrumento expressis nimirum bis mille & ducentorum aureorum annuorum in totum: quod quidem precium est satis certum, cum appateat quid & quantum sit, *l. certum ff. si cert. pet.* Ex his tollitur illa difficultas quę oritur ex aliquib. pactis & verbis in instrumentis horum contractuum adiectis. Sunt enim aliqua pacta & verba in instrumentis adiecta quæ repugnare videntur naturæ venditionis castri, veluti illud in quo dicitur, vt Du. Ponzii castrum inhabitent & vtilitatem Illustr. Dominorum Comitum diligenter promoueant. Item illud quo creditores appellantur dicti domini Ponzii & possidere castrum pro expresso & vero pignore. Item illud pactum quod si castrum & subditi bello, incendio vel deprędatione molestarentur, id non afficeret vllo damno dominos Ponzios. Item illud quo domini Comites sese obligarunt castrum & alia prædia sarta tecta conseruare: & id genus alia, quę in dictis instrumentis reperiuntur. Nam cum vendit. repugnet, idcirco ad alios contractus nempe pignoris & annui redditus venditionem referenda sunt quib. optime conueniunt. Est. n. iuri consentaneum vt creditor qui pignus corporaliter detinet, in eo se benè & vtiliter gerat pro domino ipsius pignoris, nam
8 si rem deteriorem † fecerit, eo nomine tenetur, *l. 2. C. de pigno. act. & l. creditor. C. eod. tit.* Item iustum est vt res pignorata debitori pereat, quia in bonis eius est *l. pignus. C eod. tit.* & eum qui pignus rem accipit creditorem dici notissimum est. Quod si quis subtiliter dicat eiusmodi contractu quo dominis Ponziis & consortibus ius tradatur castrum occupandi & tenendi, ac fructus ex eo percipiendi sine ratione redditione prædictam quadraginta millium & annuis redditibus donec eis dicti summa restituatur vna cum an-

nuis redditib. residuis, non videri venditionem sed permutationem quasi ius annui redditus loco ipsius castri detur, & cum ipso castro commutetur. Huic respondemus precium hic esse definitum scilicet quadraginta millium pro castro, & cum pro re precium in pecunia
datur est venditio, non autem pmutatio *l. naturalis. § at si quidem ff de præscrip. verbis* Nec vlla fit realis commutatio census annui cum castro, sed extinguitur ipse annuus census, in hunc videlicet modum vt domini Comites ab eius obligatione & solutione liberentur, & quadraginta millia aureorum quæ acceperunt non retineant amplius vti precium annui census, sed nomine precii ipsius castri, ita vt quadraginta millia sint precium ipsius castri, vna cum annuis censibus. His manifestum esse putamus id quod primo loco respondimus, nimirum tres contractus in dictis instrumentis contineri, emptionem ac venditionem census annui precio quadraginta millium aureorum facta, oppignorationem castri pdictis quadraginta millibus & pro annuis censib. Et deniq; eiusdem castri venditionem cum pacto retrouenditionis in memoratum illud castrum quo census intra tempus constitutum non redimeretur. Sequitur vt quod huius consultationis caput est, ostendam*, eiusmodi contractus omnes licitos esse ac de iure pmissos, non autem illicitos & vsurarios & fructus ex castro vendito pceptos à Dominis Ponziis nequaquam esse in summa imputandos dictorum quadraginta millium. Hoc igitur sequentib. argumentis sic demostramus ordine de singulis contractib. differedo. Et inprimis quod attinet ad annui redditus venditionem, quod ab omni vsuraria prauitate sit aliena, pbatur. Aut. n. huiusmodi contractus ea ob causam fœneratitius dici potest & illicitus, quod sua natura venditio & emptio annui redditus illicita reputetur. Aut est vsurarius propter modum quo est celebratus, aut pter precium quo annuus redditus est venditus, aut deniq; pter pacta in eiusmodi contractu adhibita. Sed nullum horum dici potest vt statim ostendemus, ergo talis contractus est licitus & nulli vitio obnoxi*.
Quod venditio † annui census per se non sit illicita, 10
imo vero approbata & permissa probatur. Primo ex iure canonico, *vt in extrauag. de empt. & vend.* vbi extat Calixti & Martin. summi Pontific. constitutiones expressæ, quib. tales contractus permittuntur & approbantur. Secundo id pbatur *ex Nouell. Iustin. 160.* quæ huiusmodi contractum annui redditus, approbat illumq; à contractu mutui vsurarioq; distinguit. Idem probatur *ex § quoniam in auth. vt ii qui oblig. se hab. perhib. res minor.* vbi habetur licitum esse curatoribus minorum pecuniis redditus annuos emere. Tertio id pbatur ex communi sententia tam theologorum, quam canonistarum qui huiusmodi contractum licitum esse responderunt, re diligenter discussa. vt videre est ex Couar. *lib. 3. var. resolut. c. 7.* ex Andr. Gaill *pract. obs. li. 3. obser. 7.* Postremo pbatur ex constitutionib. imperialib. nouissime editis quib. emptiones annuorum redditum admittuntur vsq; ad quincunces vsuras. Et ex notoria cõsuetudine Germaniæ Videmus. n. passim huiusmodi contractus celebrari & super eis ius reddi et in Camera Spirensi, vt notum est, vt merito Tiraq. *de retr. consan. § 1. gl. 6. n. 15.* dixerit in rem iudicatam transiisse eam sententiam, quæ habet licitas esse emptiones & venditiones annuorum redditium. Quod autem talis venditio annui redditum ex modo quo celebrata est non sit illicita probatur, quia modus quo celebrata est, ille est, vt nimirum ad annum possit redimi respectu summæ 20. millium aureorum & respectu alterius summæ aliorum viginti millium ad tres annos. Hęc est autem communis Dd. sententia, vt † annui redditus venditio fieri possit sub conditione

ditione ista vt redimi possint vsque ad certũ tempus, sicut late ostendunt Conrad. *de contract. licitis ac illicitis. q. 83. concl. 8.* Io. Med *de restit. c. de censu redimibili.*

Quod autem preciũ quo redditus annuus est vẽditus nõ sit iniustũ, manifestũ ex eo, q respectu summę 20. milliũ aureorũ, quinq; non excedit in singula cẽtena respectu aliorũ 20 milliũ, nõ excedit summã sex annuorũ in singula centena, huiusmodi precium ex cõmuni omniũ sententia iustũ reputatur, licet non diffiteamur, totũ ad rationẽ quinq; in singula cẽtena redigendum esse, ppter constitutionẽ Caroli V. prohibentẽ vltra quinq; in singula cẽtena annuatim accipi, quemadmodũ etiã nos respondimus. Itaq; hic duo tantũ breuiter demonstrabimus: vnum quinq; pro 100. iustũ esse preciũ annui redditus: alterũ vero si preciũ excedat huiusmodi quincunces vsuras non idcirco totũ contractũ vitiant, sed reducendum esse ad taxã siue quantitatẽ quincuncium vsurarum. Pri-
12 mũ pbamus † non solum ex Caroli V consilit *sub tit.* von Bürgerlichen Contracten/ in qua id expresse cautum est, verũ etiã ex Dd. sententia, ita .n. docuerunt. Gl. *in auth. perpet. in verb. iusta de S.S. Eccles.* & ibid. Paul. Castr. Ludou. Rom. *cons.* 423 Cepol. *in tract. de simulat. contract. n. 3. præsumpt.* Guid Pap *cons.* 180. & alii quos refert Tiraqu. *de retract. consang.* § 1 *gl. 6. n. 19.* & Andr. Gail. qui dicit communẽ *lib. 2. pract. obs. obs. 5. n. 11.* Secundum vero probatur quia hæc est explorati iuris conclusio, stipulationẽ factã supra legitimum modũ
13 vsurarum, non efficere † vt totus contractus vitietur, sed vt vitietur tantũ ipsa stipulatio, in eo q excedit. *l. pecuniæ. l. vsuras. & l. placuit. ff. de vsur. l. cum allegatur. l. tot. §. si quis autem. C. eod.* And. Gail. *lib. 2. obs. obs. 4.* vbi dicit assessores Cam. hanc sententiã fuisse secutos, & idẽ *eod. lib. obs. 5. n. 10. testatur.* si vltra quinq; in singula centena annuatim aliquid accipiatur, non corruere ob id totũ contract. emptionis censusveluti vsurariũ sed illud q excedit iustã pensionẽ reiici & reductiones fieri ad legitimum modum vsurarũ multoties; in Camera huiusmodi reductiones factas esse.

Deniq; nullũ esse pactum interpositum in hoc cõtractu q vsurariã sapiat prauitatẽ manifeste cõstabit, si qlibet pactũ interpositum diligẽter perpendatur. Primũ pactũ est, vt si comites redimere voluerint hu-
14 iusmodi censum annuũ, id † denunciare debeãt certo tẽpore ante d. D Ponziis & eorũ consortib. id pactũ non solũ ab omni iniustitia est alienũ, verũ etiã summa nititur æquitate, vt scil. D. Ponzii & consortes interea tẽporis pcurare possint aliq honestã occasionẽ collocandi suas pecunias vel in emptionẽ prędiorũ, vel in aliq honestã negociationẽ, ita vt nullo tempore ociosa sit apud eos pecunia mansura, sicuti respondit Corrad. *de contract. q. 83. concl. 8.* & eum secutus Tib. Decian. *consil. 2. n. 136 lib. 1.* Secundũ pactũ est, vt castrũ & cætera bona super quib. census est cõstitutus
15 sint † obligata siue oppignorata D Ponz. & consort. tam pro sorte principali, q p censib. Sed & huiusmodi pactũ iustũ est. Quid. n phibet quo minus creditori res oppignoretur super qua census est constitutus, imo vero res super qua census est cõstitutus de iure est obligata emptori cẽsus, licet nulla ex cõuentione hypotheca sit cõstituta vt pbat tex. *in d. Extrau. constit. Mart. & Cali. sub tit. de emp. & vend.* & tradit Cast. *in consu. Burg. rub. 11. §. 6 in princ. & in §. aduerte.* Gu. Pap. *d. cons. 42. & 576.* Cou. *lib. 3. var. resol. c. 7. nu. 6.* Bap. Lup. Gem. *ad l. 2 C. de pact. inter ẽp. & vẽd. cõm 2. §. 2. n. 66. & 67* Tertiũ pactum est, vt d. comites durante huiusmodi vendit. annui cens. castrũ neminivẽdere aut obligare possint, q quidẽ pactũ est iustũs Neq; n citra crimen
16 res † vni obligata alteri obligari potest. *l. 2. ff. de crimi. st. ll. cum vulg.* Quartũ pactũ est, vt si qua infortunia accideuint belli, incendii vel depdationis, damnũ ex eis contingens ad comites pertineat non autẽ ad D. Ponz. & cõsortes iustũs. est pactũ, quoniã res oppignorata † manet in dominio debitoris, & idcirco si 17
pereat, ipsi debitori perire debet. *l. pig. 8. C. de pign. act. cum concordant.* Quintũ pactũ est, vt comites teneantur prædia sarta tecta cõseruare, & q necessitas requirit vel vtilitas castri ædificare & meliorare, secũdum indicationẽ ipsorũ venditorũ, æquũs. est pactũ quoniã comites dominium retinẽt huiusmodi bonorũ, & cõsequenter ipsorũ interest bona conseruari, meliorari & precioriora reddi. Sextũ pactũ est appositũ p q D Ponz. & consortib. potestas datur castrũ inhabitandi, aliquãdo etiã subditos inobediẽtes coercẽdi & possessionẽ castri accipiendi. Nõ abhorret à iustitia & æquitate hoc pactũ, quia nullo iure phibetur id in conuentionẽ deduci, q pertinet ad maiorẽ creditoris cautionẽ, nullã iniquitatẽ cõtinet, nec directe nec indirecte, nec tacite nec expresse, ad prohibitũ fœnus adcõmodari potest. Sed dato nõ tamẽ concesso, q aliq pactũ esset appositũ, illicitũ, & vsuraria labe infectum, non tamen totus contractus † idcirco 18
corrueret, sed tantũmodo pactũ ipsum vitiaretur, vt ex multis legib. & rationib. pbat Ard. Gail. *li. 2. pract. obser. c. 4.* & ex his q attinet ad ipsam annui redditus venditionẽ satis superq; manifestũ esse putamus, eã nullo vsurariæ prauitatis vitio laborare, sed iuste & legitime celebratã fuisse. Sequitur vt de pignorat. & obligat. castri pro securitate summæ principalis & annuorũ redditũ facta, loquamur Itaq; hanc oppign. licitã esse ac de iure permissam, manifestũ esse existimamus. Nã licet nõ ignoremus creditorẽ qui ex pignore fructus percipit † eos in sortẽ imputare debe- 19
re tã iure canonico q ciuili. *l. 1 2. 3. & vlt. C. de pign. actio. c. illo vos. de pign. c. ad nostrã. de emp. & vend. c. 1. & 2. de vsur.* tamen ad præsentẽ speciẽ id accõmodari non potest, quia D. Ponzii & consortes nõ pceperunt fructus ex pignoris cõtractu, seu vigore oppignorat. sibi factæ, sed ex cõtractu subsecuto, scil. vendit ipsius castri facte cũ pacto de retrouendendo. Oppignoratio .n. castri facta fuit pro securitate census & summæ principalis, nẽpe 40 milliũ aureorũ. Itaq; huius causę iudices distinguere debẽt creditorẽ simplicẽ, qui ex re sibi oppignorata fructus percipit, à creditorib. nostris, qui ipsum pignus emerunt cũ pacto reuendendi. Nã primo casu creditor iuste fructus imputat in sortẽ, q a ex re aliena eos percipit. Hoc autẽ in casu nostro D. Ponzii fructus perceperunt ex re ppria nimirũ ex castro empto sub pacto retrouendit vt dictum est, q. n. is qui emit rẽ cũ pacto retrouenditionis fructus suos faciat, nec † teneatur eos in sortẽ imputare tẽpore re- 20
trouendit. explorati iuris est id. n. pbat tex. *in l. 2. C. de pact. inter emp. & vend.* vti adnotarũt ibi Bald. & Cast. Gl. *in c. illo vos. in verb perceptũ. de pign.* Cum itaq; cõtractus pignoris per se sit licitus ac omni iure receptus nec eius vigore fructus à D. Ponziis & consortibus percepti fuerint, sed vigore emptionis ipsius castri, sequitur dicendũ, nullã ex hac parte vsurę labẽ cõsiderari ac deduci posse Sed iã tẽpus est vt ad illud aggrediamur in quo huius causæ maior difficultas posita esse videtur nimirũ ad cõtractum ipsum vltimũ vẽditionis ipsius castri cũ pacto de retrouendendo, videamusq; an eiusmodi contractus licitus fuerit & de iure pmissus an vero fœneratitius ac legib. improbatus sit, & cõsequenter fructus ex castro percepti in ipsam sortẽ imputãdi esse videantur tẽpore quo retrouẽditio eiusdẽ castri fiet. Vt igitur nostra hæc disputatio & cõsultatio in hac parte illustrior reddatur. Hęc erit quæstio discutienda, potuerit ne iuste ac legitime in hũc modũ cõtractus celebrari inter Illust. D. comites

ex vna,& Nob. Dominos Ponzios & consortes ex altera parte, vt nimirum si intra tempus conuentum censum annuum iidem Comites non redimerent, castrum ipsum & cætera bona, super quibus constitutus fuit census, venditum esse intelligeretur dictis dominis Ponzijs & alijs consortibus, ita vt illud occupare & possidere possent fructusq; percipere absque vlla redditione rationum cum pacto tamen reuenditionis, quoties scilicet summa quadraginta millium aureorum vna cum residuis annuis reditib. eisdem redderetur, vt in instrumentis habetur.

Dicimus itaq; huiusmodi contractū iuste ac legitime celebrari potuisse sex potissimū argum. confisi.

Primum argumentum est, quia huiusmodi contractus nihil aliud est quam emptio & venditio bonorum facta cum pacto retrouendendi in euentum iam commemoratum quo census non redimeretur, qui quidem contractus si esset illicitus ac reprobatus, id accideret, vel eam ob causam quod talis emptio & venditio per se sit illicita ac reprobata, vel quia precio iniusto & vsurariam prauitatem redolente esset facta, vel quoniam modus ille quo fuit inita & celebrata nimirū si census intra tempus constitutum non redimeretur, illicitus ac de iure reprobatus esset. Sed nullum ex his vere dici & allegari potest, ergo talis contractus non est illicitus & reprobatus, sed licitus & approbatus: maior & consequentia videtur esse manifesta, si enim contractus nec per se, nec ratione precii, nec ratione modi, quo fuit initus, iniustus & reprobatus sit, sequitur eum esse licitum ac permissum.

21 Assumptum vero probatur. Nam emptio † & venditio cum pacto reuendendi per se considerata proculdubio est licita & approbata omni iure *vt in l.2.C. de pact. inter empt. & vend. in Extrauag. Martin. & Cali. sub tit. de empt. & vend.* imo iure ipso diuino. constat enim *Leuit.25.* Dominum hæc dixisse filus Israhel. Cuncta regio possessionis vestræ sub redēptionis conditione vēdetur, cum plura alia loca & doct. autoritates tam theolog. quam canonistarū in hanc sentētiam refert And. Tiraq. *de retract. conuent. in præf. n.3.4.& 5.* & hac in re nullam existimamus fore difficultatem.

Quod autē eiusmodi venditionis preciū nō sit iniustū nec vsurariæ prauitatis suspitionē adferat, ꝓbatur multis modis. Sed tamē in primis præmittenda sunt duo in facto cōsistentia. Primū est ꝙ venditio huius castri facta fuit quidē separatim D. Ponziis nec nō D. Steinbergio & Hollæ precio viginti milliū aureorū: sed tamē reuera actū est, vt castrū omnib emptorib. supradict. simul precio 40. milliū aureorū vēditū esse intelligatur. Id patet ex instrum. consensus Archiepisc. ab ipsis Comitib. impetrati, super venditione horū bonorū. in eo n. instrumento ambæ venditiones cōiunguntur, ita vt appareat manifeste castrū cū reliquis bonis venditum fuisse d. D. Ponziis, Steinbergio & Hollæ precio 40. milliū aureorū. Sic enim habent verba instrumenti Archiepisc. Quod nimirū ipse Archiepisc. cōfirmet & adprobet venditionē factā memorati castri, sub pacto reuenditionis à d. comitib precio 40. milliū aureorū D. Christop. à Steinberg, Ascanio ab Holla, Ioachi. & Christoph. Ponziis fratrib. & eorū heredib. Itaq; in hac specie considerare oportet venditionē factā nō separatim quasi videlicet castrū fuerit venditū precio viginti milliū aureorū D Ponziis, sed coniunctim, ita vt venditum esse censeatur precio 40. milliū ipsis Ponziis nomine proprio ementib & iura cessa habentib. seu cessionariis D. Steinberg & Hollæ. Secundo, prēmittendum est castrum pro aliquib summis pecuniarū variis creditorib. d. D. comitū oppignoratū fuisse, quib. creditorib. pecuniæ debitę solutæ fuerunt ab ipsis D. Ponziis vt in actis liquidatū est. His ita prēmissis sententia nostra ꝓbatur huiusmodi argumento, vt precium dicatur esse iniustū in venditione facta cū pacto reuenditionis ad hunc effectū, vt arguat contractū esse fœneratitiū, necesse est vt sit modicū & vix dimidium iusti precii contingat, *text. in c. ad nostrā de emp. & vend.* 22 ibi, ꝙ patet ex eo quod creditor debitori ꝓmisit, quod quandocunq; a septē vsq; ad nouem daret ... vncias latinorū, quæ vix dimidiā iusti precii contingebant, &c. quē text. ad hoc ibide notant Hostiens. Ioann. & Panorm. qui in secundo casu dicit hæc verba, puto tamē ꝙ nō sufficiat quęlibet iniustitia precii sed dicitur esse preciū valde tenue respectu valoris rei, alios in hanc sententiā refert & sequitur Tiber. Decia. *in cons.2.n.172.& 173. vol.1.* idē scribunt multi alii quos refert & sequitur Iacob. Meno. *in cons.343.n.22. lib. 4.* sed in proposita specie preciū non est adeo modicū, vt vix dimidiū iusti precii cōtingat, ergo non arguit cōtractū esse vsurarium. Minor propositio probatur. Quia dato, nō tamen concesso, ꝙ castrum æstimationis sit 72. millium aureorū, vti alias fuisse videtur iudicatum, tamen si vendatur cum pacto reuendendi, minoris æstimandū est. Rursus si fuerit creditoribus obligatū minoris etiam precii efficitur. Tertio, 40. millium aureorum numerata fuere, quæ etiam per se cōsiderata excedunt dimidiam æstimationis ipsorū 72. milliū Quamobrem nulla ratione dici potest vixque adeo exiguum esse, vt vix dimidium iusti precii contingat. Quod pactū de retrouendendo † minuat iustā æstimationē rei vēditę cōmunis est omniū 23 IC. canonistarum & theologorū sententia quæ etiā ex ipsa lege diuina probatur. Nam in sacra scriptura *Leu.75.* dicit Dominus per Mosem, loquens de venditione cum pacto redemptionis, quanto minus tēpus numeraueris, tanto minus emptori cōstabis, &c. sicuti late auctoritates more suo referendo disputat Tiraq. *de retract. conuent. in præf. n. 20.* Couar *lib. 3. var. resol. c.10.* Tib. Decian. *d. cons.2 n.169.* & alii passim.

Quod vero res alteri obligata † minoris æstima- 14 tionis esse dicatur propter onus huiusmodi obligationis probatur, quia hæc est certissima iuris conclusio, ꝙ res minoris æstimanda sit propter onus ei annexū *l.1. §. si hæres. ff. ad Treb.* Ripa *ibid. n.25.* vbi alias leges citat & late Hiero. Cagnol. *ad l.2 C. de rescin. vend. n.243.* sed talis obligatio est onus, vt patet: ergo, &c.

Secundo probatur eadem sententia quod nimirū ex modicitate precii contractus de quo agitur vsurarius dici non possit, quia D. Ponzii & consortes non solum preciū 40. millium numerarunt prælatis comitib. Verum etiā pro eisdem soluerunt multas alias pecuniarū sumas variis de causis, vt in actis est liquidatum, quæ omnes summæ iunctæ cum summa 40. milliū aureorū ascendunt fere vsq; ad 100. millia aureorū. & licet D. comites in hanc causam solutas esse non consentiant dictas pecuniarum summas, tamen vt nobis præsupponitur, æquissimā esse patet mentē D. Ponziorum in iusto precio castri persoluendo cum isti semper reiectis semissib. vsuris quæ à D. comitib. oblatæ sunt, protestati fuerint se in castrū ipsum eas pecuniarum summas exposuisse. Non possunt igitur D. comites iam allegare se circa precium læsos ac deceptos fuisse, aut ex modicitate precii cōtractum vendit. esse fœneratitiū, cū per eos stet, quo minus omnes aliæ pecuniarū summæ a D. Ponz. persolutæ in castrū expositæ seu in castro preciū cessisse intelligantur.

Volenti

25 Volenti enim † & scienti non fit dolus neque iniuria l.1.§.*vsque adeo ff. de iniur.* facit text. *in l. domum. vers. simili quoque modo. ff. de contrah. empt.* & tradita per Bart. *in l.2. num.14. C. de rescin vend.* Bald. *num.* 7. Salyc. *nu.*11. Castr. *n.*7. Couuar. *lib.2. var. resol. c.* 4 *num.* 2. & per Tiraquel. late *de retract. consangui.* §.1. *Gl.*18. *n.*14.

Tertio probatur hæc sententia nostra, quia hæc est magis communis opinio Doctorum magisque pro-
26 babilis, quod pactum de † retrouendendo, & modicitas precii non sufficiant ad hoc, vt contractus dicatur fœneratitius, sed aliud concurrere debeat, nimirum quod emptor solitus sit fœnerari, vel aliqua alia coniectura quæ in præsenti specie non adest, quoniam Domini Ponzii & cæteri Consortes honesti viri esse dicuntur, qui non consueuerunt fœnus exercere, & illicitos ac reprobatos contractus facere.

Esse hanc magis communem Doctorum sententiam patet ex eo quod vltra quinquaginta Doctores eam secuti sunt viri grauissimi & summæ authoritatis cum diuersa sententia longe pauciores habeat authores ac sectatores.

Hanc sententiam inprimis secuti sunt Iacob. de Arena, & Cynus *in l. emptione. C. plus valere quod agitur in 4 quæst.*

1 Io. Andr. *in c. illo vos. de pignorib.*

3 Cardinalis Zabarella *ibid.*

4 Ancharanus *in c. ad nostram. de empt. & vend. & in consil.* 277.

5 Laurentius de Rodulphis *de vsuris. q.* 60. vbi testatur, idem etiam respondisse Laurentium de Pinu.

6 Paulus Castrens. *cons.* 74. *in causa mota per Dominam Dorotheam lib.* 2. *& in l. rogasti. §. si tibi. ff. si cert. petat.*

7 Alexander *cons.*109. *lib.*4.

8 Cæpolla *de simulatione contract. n.*101.

9 Socinus sen. *cons.*248. *lib.*2.

10 Socinus iun. *cons.*50. *lib.*1.

11 Deci *cons.*167. *n.*4. *&* 648.

12 Corasius *lib.*3. *miscellaneor. c.*9.

13 Cagnol. *in l.2. C. de pactis inter emptor. & venditor. num.*51.

14 Gozadinus *ibid. num.*30.

15 Olascus *decis. Pedem.*42.

16 Roland. à Valle *cons.*58. *n.*10. *lib.*4.

17 Tiberius Decianus *cons.*2. *n.*176. 177. *lib.*1.

18 Iacob. Menoch. *de arbitr. iud. casu* 217. *& consil.* 343. *n.*21. *lib.*4.

19 Molineus *in consuet. Parisien.*

20 Iason *consil.*150. 151. 153. *lib.*4. *& in l. quoties. C. de iudic.*

21 Tiraq. *de retractu conuen. in præfat. n.* 5. vbi hanc dicit magis communem.

22 Antoninus Archiepiscopus Gl. *in 2. parte summæ. tit.1. de venditione ad terminum n.*88.

23 Albericus *in l. emptione. C. plus valere quod agitur.*

24 Baldus *ibid. & in cons.*133. *lib.* 1. *&* 205. *lib.* 2. *&* 339. *lib.* 5. *&* 361. *eod. lib.*

25 *Ibidem* Salyc. & Fulgo. idem Fulgos. *consil.*134.

26 Fabianus de Monte *de empt. & vend.* 7. *q. principali. vers. sexto quæro.*

27 Caccialup. *in rep. l. admonendi. col.*79. *ff. de iureiu.*

28 Andreas Siculus *cons.*76. *lib.*3.

29 Hostiensis *in summa de empt. & vend. §. quare rescindatur. vers. vlt.*

30 Ruinus *cons.*16. *n.*11. *lib.*4.

31 Raynerius *de Foroliuio prout eum refert Archidiac. c. plerique* 14. *q.*3.

32 Raphael Cumanus *cons.*184.

33 Ludouicus Roman. *cons.*423. *& sing.*367.

34 Calcaneus *cons.*85.

35 Nicolaus Boerius *decis.*102. *& in cons.*31.

36 Io. Franc. Purpur. *in l. rogasti. §. si tibi. ff. si cert. pet.*

37 Io. Rogerius *ad rub. de causa possess. & propriet.*

38 Io. Cephalus *cons.*289. *n.*37.

39 Iacobus Nouel. *in reg. iur.*153. *vers. pactum. de retrouendendo.*

40 Lapus de Castil. *repet. c. si. de iureiur.*

41 Marianus Basti *ibidem. in 1. part. sermone* 27. *& in tract. de pacto. de retrouenden.*

42 Summa Angelica *in ver. vsur. il* 1.

43 Henric. Boic. *in c. ad nostram. de empt. & vend.*

44 Marcus Antonius Natta *cons.*586.

45 Ambrosius de Vignate *in c. ad nostram. & in c. illo vos. de pigno.*

46 Augustinus Berous *cons.*212. *n.*6. *lib.*3. *&* 165. *n.* 24. *lib.*1. *&* 169. *n.*18 *eod. lib.*

47 Alexander de Neuo *cons.*95. *n.*21.

48 Neuizanus *cons.*88.

49 Petrus de Ferrariis *in forma libelli in causa venditionis, in princ.*

50 Vitalis Camban. *in tract. clausularum. fol.* 274. *num.*10.

51 Egidius Bellamera *decis.*7.

52 Mansuerius *in pract. tit. de præsumpt.*

53 Franciscus Burlatus *cons.*117. *n.*12.

54 Coradus *de contractib. q.*84. *concl.* 3 *&* 4.

Quod autem hæc sententia verior sit ex eo manifeste patet quod duo sunt præcipua iuris Canonici loca ex quibus argumentum sumitur, contractũ vsurariæ prauitatis suspectum esse ex pacto retrouenditionis & modicitate precii nimirũ tex. *in c. ad nostram. de empt. & vend.* & † text. *in c. illo vos. de pigno.* in quibus 27
tamen locis multa concurrisse alia cõstat præter pactum retrouendendi & precii modicitatem, ex quibus adductus Summus Pontifex pronunciauit contractum esse fœneratitium.

Nam † in c. ad nostram, non fecit contractũ vsura- 28
rium illud reuenditionis pactũ vna cum modicitate precii, sed illud præterea, quod debitor mutuam à creditore pecuniã accipere voluit & creditur ius pecuniam ne per canonem contra vsurarios editũ posset in posterum conueniri domos & oliuas recepit ab eodem titulo emptionis cum re vera contractus vsurarius ageretur, quod patet ex eo inquit text. quod creditor debitori promisit, quod quandocunque à septennio vsque ad nouennium daret sexaginta vncias tarinorum, quę vix dimidiam iusti precii continebant domos eius restitueret & oliuas, hactenus ibi Pontifex, illud pactum redimendi à septennio vsque ad nouennium restringebat redimendi facultatẽ dupliciter ex quo redemptioni locus esse non poterat ante septennium, nec post nouennium, & sic creditor certus erat se vltra sortem aliquid accepturum ante reuenditionem. Similiter *& in c. illo vos. de pignorib.* Summus Pontifex pronunciauit contractum esse fœneratitium, quia fuerat venditio pure facta licet sub venditione resolui posset, duobus in pacto expressis. Primo, quod fructus percepti deberent in soluenda pecunia numerari, deinde quod vltra summam receptam aliquid solui deberet, ex his enim coniecturis inductus est Summus Pontifex ad iudicandum contractum esse fœneratitium, præsertim inquit, cum emptor vsuras consueuerit exercere.

Illud primum pactum quod fructus computarent in sortem, argumento erat, partes contractum pignoris, non autem emptionis & venditionis celebrare

voluiſſe. Neq; enim emptor fructus imputat in ſortem ſed eos facit ſuos donec contractus reſoluatur *iux.l.2.C.de pact.inter empt.& vend.* Secundum autem pactum, vt aliquid vltra ſortem emptor conſequeretur, apertum erat argumentum vſurariæ prauitatis, præſertim cum eſſet ſolitus vſuras exercere.

Ergo duæ tantum coniecturæ nimirum pactum ſimplex retrouenditionis & precii modicitas non arguunt vſurarium eſſe contractum.

Et ex his putamus probatum eſſe quod ſupra probandum & cõfirmandum ſumpſimus, nimirum contractum venditionis caſtri quem præ manibus habemus vſuræ labe infectum non eſſe, propter modicitatem precii quo emptum fuit à memoratis Dominis Ponziis eorumque Conſortibus.

Tertium iam à nobis eſt probandum: quod ſcilicet contractus de quo agitur illicitus ac reprobatus
29 minime dici poſſit † ob modũ quo eſt celebratus. Et vt hic generales regulas præmittam ſuperuacaneasque diſputationes: difficultatis cardo in hoc verſatur an ſcilicet contractus eiuſmodi ea ratione ſit prohibitus, quia contra leges & Canones celebratus eſſe videatur quæ pactum legis commiſſoriæ in pignoribus expreſſe prohibent ac reiiciunt. Si enim in fraudem legum prohibentium pactum legis commiſſoriæ in pignoribus celebratus ſit huiuſmodi contractus, ſequitur eum non valuiſſe nec valere & conſequenter Dominos Ponzios caſtrum & cætera bona titulo emptionis poſſidere non potuiſſe nec fructus ex eis percipere abſque rationum redditione, ſed obligatos eſſe ad rationem reddendam perceptorum fructuum eoſque imputandum in ſortem principalem quemadmodum fructus ii imputãtur qui ex re oppignorata percipiuntur à creditoribus.

Quod igitur hoc in caſu non verſemur in pacto legis commiſſoriæ quod in pignoribus prohibetur, & conſequenter tali vitio non laboret contractus, de quo agitur, probamus primo, quia id non eſt vere & proprie pactum legis commiſſoriæ quod à lege reprobatur.

Secundo, quia dato, quod aliquam cum eo ſimilitudinem habere videretur, non tamen ratione prohibitionis in eo locum habet.

Tertio, quia dato quod eſſet pactum legis commiſſoriæ conſideratis tamen facti circumſtantiis quæ in ſpecie iſta concurrunt nulla ratione irritum eſſet, ſed potius validum, & ſeruandum. Ordine iam ſingula probabimus.

Et primo quidem hoc nõ eſſe pactum legis commiſſoriæ in pignorib. prohibitum, patet ex eo, quod pactum illud legis commiſſoriæ nihil aliud eſt niſi conuentio quædam inter debitorem & creditorem [illegible] per quam res pignori data incidit in cõmiſſum niſi pecunia debita conſtituto tempore ſoluatur, incidit in commiſſum, hoc eſt, efficitur creditoris, eiuſque dominio & recuperatione debitor priuatur licet [illegible] debitam poſtea ſoluere ſit paratus.

[illegible] præſenti ſpecie res vendita, hoc eſt, caſtrum & [illegible] bona non ita incidũt in commiſſum ita ſcilicet [illegible] Comites Mansfeldenſes eorum recuperatione [illegible], imo quandocunq; ſummam quadra[illegible] aureorum offerant, vna cum reſiduo [illegible] debiti, recuperare poſſunt caſtrum & reliqua bona, [illegible] enim expreſſe in vtroque inſtrumento habetur, ergo non eſt hoc pactum legis commiſſoriæ quod eſt à lege reprobatum.

Maior propoſitio probatur. Primo, *ex l.1. & vlt.C.*
30 *de pactu pignor.* & de lege † commiſſoria in pignoribus reſcindẽda, vbi Conſtantinus pactum legis commiſſoriæ prohibens ait, *Creditores re amiſſa iubemus recuperare quod dederunt.* ex quibus verbis patet creditores rem amittere quam ſcilicet vigore pacti obtinebant & pecunia recepta rem debitoribus reſtituere debere quæ ſcilicet vigore pacti in commiſſum inciderat, & facta erat ipſorum creditorum.

Secundo, ex *l.Titius.ff.de pigno. act. ex l. quamuis.ff.de ſolut.ex l.cum dominam. C. de pignorib.ex l.fi.ff. de contrah. empt.* Ex his enim legibus apparet tunc fieri pactum legis commiſſoriæ in pignoribus cum ita eſt conuentum, vt niſi tempore conuẽto pecunia debita ſoluatur creditori, res cedat in ſolutum ipſi creditori ſiue creditoris eſſe intelligatur.

Tertio, *ex c.1 de feudo dato in vicem legis commiſſ. & ex c.ſignificante de pignorib.* ibi, *domum ſuam pro 250. libris pignori obligaſſet, ac promiſiſſet præſtito iuramento, quod niſi domum ipſam ſtatuto termino recolligeret,* id eſt, redimeret *creditorẽ vlterius ſuper ea minime moleſtaret, &c.* quod quidem pactum paulo infra text. ait eſſe pactum legis commiſſoriæ in pignoribus reprobatum.

Quarto, probatur ex communi omnium Dd. interpretatione, ita enim pactum legis commiſſoriæ deſcribunt Bart. *ad l.1. & finalem. C.de pactis pign.* & ibidẽ Iac.Cuiac. *in paratitl.* Carol.Molin. *de vſuris. n.* 204. *q.*52. Dida.Couua. *var.reſol.lib.3.c.2.n.8.* Syluester Pierius *in ſumma in verb.pactum.q.*14. Neguzan. *de pignorib. 4 part.principali.in princ.* & præclare admodum Franciſcus Connan. *lib.4.commentariorum iuris ciuilis. c.*18. *n.*8. neque vllus eſt qui contradicat. Quod autẽ † ratio propter quam pactum legis commiſſoriæ reprobatur in pignorib. in præſenti ſpecie ceſſet, probatur ex eo, quia ratio ꝓhibitionis huius pacti fuit aſperitas auari creditoris & captio fragilis debitoris. Nam cum res pignori obligari ſoleant longe ſuperualentes debito, nolebãt creditores mutuã dare pecuniam niſi ſub lege & pacto expreſſo commiſſi pignorum, niſi pecunia in termino conuento ſolueretur. Huic legi facile debitores pecunia egentes ſe ſubiiciebant ſperantes interim rebus ſuis conſulere & tẽpore conſtituto pecuniã reſtituere ꝙ cum præſtare non poſſent res proprias amittebãt, eaſq; creditores acquirebant. Hanc rationem aſſignant omnes Dd. ſuperius allegati & ipſemet Conſtantinus qui huiuſmodi pactum legis commiſſoriæ ſuſtulit *in d. l. vlt. C. de pactis pignor.* dum ait, *quoniam inter alias captiones præcipue cõmiſſoriæ pignorum legis creſcit aſperitas, placet infirmari eam & in poſterum omnem eius memoriam aboleri, &c.* Hæc ratio in caſu noſtro ceſſat, quia Domini Comites non tranſtulerunt abſolute caſtrum & reliqua bona vendita in Dominos emptores, ſed cum pacto redimẽdi quandocunq; eodem precio. Quo fit, vt Do. Ponzii pleno iure non ſint domini effecti caſtri & reliquorum bonorum emptorũ, ſed teneantur quandocunq; omnia reſtituere præfatis dominis Comitib. precio eis reſtituto, vt in inſtrumentis habetur. Nulla ergo hic conſiderari poteſt creditoris aſperitas, nulla fragilitas debitoris, quia creditor non acquirit abſolute dominium bonorum vẽditorum, nec eo priuatur debitor. Quemadmodum cum proprie pactum legis cõmiſſoriæ quod legib. eſt interdictum celebratur. Conſe-
32 quenter ceſſat † in caſu noſtro ratio prohibitionis ipſius pacti, vnde & merito ceſſare debet ipſa prohibitio *l.1.c.ſi rector prouinciæ.c.& ſi Chriſtus, de iureiur.* Tiraq. *late in commentariis ad regulam, ceſſante cauſa ceſſat effectus. in 1.par.n.*215. Quod ſi dicatur Do. Ponzios ſaltẽ iſtud conſequi ex huiuſmodi pacto, quod nimirum fructus rerum venditarum lucrantur, & ſuos facere

poſſunt,

poſſunt, nullamque eorum reddere rationem tenen-
tur, donec eis pecunia à Dominis Comitibus redda-
tur, reſpondemus id non pertinere ad pactum legis
commiſſoriæ in pignoribus reprobatum. Lex enim
illud pactum reprobãdo rationem habuit rei pigno-
ratæ, ne ſcilicet res pro modica forte ſumma pecunię
data creditoris efficiantur. Non autem habuit ratio-
nem fructuum rei pignoratæ. Nam & illa conuentio
33 ſecundum † leges ciuiles probatur, per quam facul-
tas datur creditori ex re pignorata fructus percipien-
di, donec ei pecunia debita reddatur. *l. ſi is qui bona §.*
1 ff. de pign. & hypoth. l. ſi ea pactione. l. ſi ea lege. l. pignorib. C.
de vſuris.

Denique in caſu iſto propter circumſtantias quæ
concurrunt quod pactum legis commiſſoriæ effe-
ctum ſortiri ac obſeruari debeat probatur. Tres enim
hic circumſtantiæ concurrunt. Prima quoniam Illu-
ſtris. Domin. Comites promiſerunt contractum &
omnia in eo contẽta ſeruare ſub eorum fide. Secun-
da eſt, quia renunciarunt omnibus exceptionibus &
omnibus legibus quibus aduerſus promiſſa iuuari
poſſent. Tertia quia contractus & omnia in eo con-
tenta confirmatus fuit ab Imperatore, ex certa ſcien-
tia cũ clauſulis aut verbis ampliſſimis. Ex prima cir-
cũſtantia ſic argumẽtari licet, talis promiſſio ſub fide
iuramento æquipollet, ſed iuramentum adhibitum
confirmat pactum legis commiſſoriæ in pignoribus;
ergo in caſu noſtro valet eiuſmodi pactũ. Maior pro-
poſitio ꝓbatur *ex c. ad aures. q. metus cauſa, ex c. peruenit.*
de fideiuſſo. c. peruenit. 2. de iureiur. & alibi, vt per Crauet.
conſ. 241. n. 11. Tib. Decia. *conſ. 2. n. 111. lib. 1.* & eſt cõmu-
nis Dd. ſententia, quæ etiam in Camera Imperiali
obſeruatur, quando promiſſio ſub fide ab aliquo
34 Principe † vel illuſtri perſona eſt interpoſita, vt teſta-
tur Andr. Gail. *lib. 2. obſer. c. 59.*

Minor autem probatur *ex c. ſignificante. de pignorib.*
vbi S. Pontifex pactum legis commiſſoriæ iuratum
35 obſeruandum † eſſe innuit, dum in ea ſpecie iuran-
tem excuſat, ob impedimenta, quibus non potuit
promiſſioni ſatisfacere. & ita ibi notat Innocen. Gui-
do Papæ *ſingul. 477.* Federicus Senen. *conſil. 140.* & alii
à Tiraquel. citati *de retract. conuentionali. ad finem titul.*
num. 122. Et licet aliqui contradixerint quos ibidem
ipſe citat, hæc tamen eſt magis communis ſententia,
vt teſtatur Seraphinus Senenſis nouiſſime *de priuile-*
giis iuramenti priuileg. 131.

Confirmarique poteſt euidenti ratione. Nam pa-
ctum iſtud legis commiſſoriæ ex parte debitoris ſer-
uari poteſt abſque peccato & diſpendio ſalutis æter-
næ & ſine tertii præiudicio, ergo eſt ſeruandum.
cap. cum contingat. de iureiur. cap. quamuis. de pactis. libro
ſexto.

Ex altera vero circumſtantia tale argumentum ſu-
mimus. Vnuſquiſque renunciari poteſt legibus &
36 beneficiis quibus iuuari poteſt, ſi priuatũ † ius prin-
cipaliter, non autem publicum ius reſpiciant *l. penult.*
C. de pactis, l. quamuis. ff. de in ius vocan. l. quæritur. §. ſi ven-
ditor ff. de ædil. edicto. Angel. *in l. nulla. circa finem. ff. de le-*
gib. Crauetta *in conſil. 216. num. 1.* Hippol. Rimina[1] l.
conſil. 16. num. 20. lib. 1. cum concor. Couuarru. *lib. 2. cap. 4.*
variar. reſol.

Sed leges quæ pactum legis commiſſoriæ in pi-
gnoribus reprobant priuatum commodũ ac ius cre-
ditorum principaliter reſpiciũt, ne ſcilicet decipian-
tur & damnum ſentiant amiſſionis rerum ſuarum &
his legibus Comites Mansfeldenſes renunciarunt, vt
patet ex inſtrumentis contractuum quibus generalis
continetur renunciatio omnium legum, ergo non
poſſunt impugnare pactum legis commiſſoriæ, ſed
illud obſeruare tenentur.

Ex tertia circumſtantia illud argumentum ſumi-
mus, cum Princeps ex certa ſcientia confirmat pa-
ctum nullum & inualidum nõ ob eam cauſam quod
ſit contra ius naturale vel diuinum, ſed quia ſit con-
tra ius poſitiuum, tale pactum validum efficitur &
ſeruandum eſt. Sed pactum, de quo agitur, non eſt
reprobatum ob cauſam quod ſit cõtra ius diuinum,
vel contra ius naturale, ſed quia eſt contra ius ciuile
ac poſitiuum iuſta ratione conſtitutum, ad tollẽdam
ſcilicet aſperitatem & auaritiam creditorum, *vt in d. l.*
fin. C. de pactis pignor. Et ex certa ſcientia confirmatum
eſt à Principe, ergo valet & ſeruari debet.

Illa maior propoſitio probatur, quia hæc eſt natu-
ra † confirmationis ex certa ſcientia factæ, vt confir- 37
met actum etiam nullum & inualidum quando eſt
nullus & inualidus iure poſitiuo attento, vt tradit
Decius *in c. 1. num. 6 de confir. vtili vel inutili.* Panorm *in*
c. 1. num. 5. de tranſact. Andr. Gail. *lib. 2. obſer. 1. num. 12.* vbi
alios citat.

Et ex his putamus ſatis manifeſte probatum quod
noſtrum primum argumentum aſſerebat, nimirum
eiuſmodi contractum illicitum non eſſe nec ratione
modicitatis precii, nec ratione modi quo fuit initus,
nec ratione pacti in eo conuenti, & conſequenter il-
licitum ac fœneratitium non eſſe.

Et licet hoc ſolum argumentum pro noſtræ con-
ſultationis firmamento ſufficeret, alia tamen quinq;
adderemus pro maiori confirmatione.

Illudque in primis (erit hoc ordine ſecundum ar-
gumentum) quod non ſolum ipſius contractus for-
ma conſideranda ſit, verum etiam omnes huius ne-
gocii circumſtantiæ, & quæ inter partes conuenta
ſunt & quæ contractum ſubſecuta fuere. Eſt autem
illud conſiderandũ inter alia nobiles Dominos Pon-
zios præter ſummam quadraginta milliũ in caſtrum
expoſitam tempore cõtractus, etiam multas alias pe-
cuniarum ſummas poſt cõtractum expoſuiſſe, & vt
nobis proponitur fere centum millia aureorum, &
licet in hanc cauſam has poſteriores ſummas cede-
re noluerint Domini Comites, non ſit tamẽ per Do-
minos Ponzios quia cedant. Ipſi enim ſe in caſtrum
expoſuiſſe proteſtati ſunt vigore clauſulæ conſenſus
Archiepiſcopalis, per quam ſupponitur etiam alias
pecuniarum ſummas in caſtrum exponi poſſe, ita-
que non quadraginta duntaxat millibus caſtrũ eme-
re cum pacto reuendendi Domini Ponzii intende-
runt, ſed precio longe maiori fere centum millium,
quod procul dubio iuſtam caſtri æſtimationem æ-
quat, vel potius ſuperat. Non igitur ex eorum parte
vlla fraus, vllus dolus, vlla aſperitas proueniſſe vide-
tur. & certi iuris eſt pactum ipſum legis commiſſoriæ
quod propter auaritiam & aſperitatem creditorum
alioqui reprobatur, in pignoribus, eo tamen † caſu 38
admitti & approbari quo nulla eſt ex creditoris par-
te fraus, nulla auaritia & aſperitas, puta quod rem pi-
gnoratam iuſto emit precio *l. ſi fundus §. vlt. ff. de pigno-*
rib. Tiraquellus late citans authoritates *de retractu*
conuent. ad finem. num. 138. Couuar *var. reſol. lib. 3. cap. 2.*
num. 7. quanquam, vt id etiam declaremus, non
dicimus … aue affirmamus dictas poſteriores ſum-
mas in pr… castri imputãdas eſſe & eodem iu-
re cenſendas, q… riores ſummæ quadraginta mil-
lium.

Tertium argum… um eſt quia hic contractus ni-
hil aliud eſt niſi tranſitus de annui cenſus venditio-
ne, ad venditionem caſtri. Nam vt patet ex cõtractu

ita est conuentum inter partes, vt nisi census præfixo tempore redimatur, Castrum ex pacto reuenditionis eodem precio quadraginta millium ad Dominos Ponzios pertineat, ita vt loco annui census, certi & constituti inter partes fructus castri percipiant absque redditione rationū. Est igitur perinde, quantum ad rem de qua agitur, ac si conuentio fiat, vt loco interesse fructus rei creditor percipiat, qui quidem contractus iure permittitur † ratione incertitu-
39 dinis, *vt in l. si ea pactione. & in l. si ea lege. Cod de vsuris.* Est enim hæc receptissima iuris propositio, contractum
40 qui se habet † tam ad lucrum quam ad damnum, propter incertitudinem euentus omni vsuræ suspicione carere & licitum reputari, argumento text. *in c. vlt. de vsuris.* ibi, *ratione huius dubii etiam excusatur. &c.* & tradunt Cynus & Baldus *in l. si pater puellæ. C. de in offic. testam & in l. si ea pactione. C. de vsuris.* Decius *in consil.* 111, *numero sexto.* Tiraquell. *ad l. si vnquam. in verbo donatione largitus. numero centesimo trigesimo primo. Cod de reuoc. donat.* Andr. Gail. *libro secundo. obseruat. cap. 8. numero sexto.*

Quartum argumentum, est ex eo, quod vsura proprie consideratur in mutuū, iuxta Euangelium, mutuum dantes nihil inde sperātes, item & in aliis contractibus, quatenus ii cōtinent † mutuum implici-
41 tum, in quo vltra sortem reipsa aliquid accipitur, *vt in c. in ciuitate. de vsuris.* & declarant Abbas *in c. vltim. num. 6. de vsuris.* Syluester *in verbo vsura* 2. *num. 3. 4.* & alii quos refert & sequitur Osascus *decis. Pedemon.* 93. *num.* 36 Menoch *consil.* 109 *num.* 28. *lib.* 2 vbi alios citat, sed in specie nostra nihil vltra sortem certo accepturi sunt nobiles Ponziani, quia ita expresse conuenerunt, vt quomodocunque eis summa quadraginta millia florenorum, vna cū residuis annuis redditibus restitueretur, castrum ipsum Dominis Comitibus redderent. Itaque fuit in potestate Comitum quandocunque castrum redimere etiam statim & antequam vllos fructus ex ipso castro Domini Ponzii perceperent. Consequenter nulla est hic vsuræ suspicio quoniam vsura non committitur nisi vltra sortem aliquid accipiatur, vt notum est.

Quintum argumentum, est ab authoritate Do-
42 ctorum, nam in specie fere per omnia † simili huic nostræ contractum non esse fœneratitium respondit Tiber. Decian. *consil.* 2. *lib.* 1 & idem respondit Andr. Tiraquel. *de retract. conuen. ad fin. n.* 110.

Postremum argumentum est, quia licet istis non obstantibus res adhuc videretur dubia, quod tamen non putamus in re dubia & ancipiti pronūciandum
43 est † contractum esse licitum atque permissum, non autem fœneratitium ac illicitum. Ad officium iudicis, inquit Baldus *in rub. de offic. iud. colum.* 4. pertinet interpretari contractum in æquiorem partem *l. si Sextius pro socio. ff. pro socio.* idem post multos alios ab eo citatos docet Andr Tiraquell *de retract. conuen ad finem. num.* 124. Tiber Decian *dicto consil* 2. *num.* 66. *lib.* 1. ratione, quia vsura est delictum, delictum autem non præsumitur *l. merito. ff. pro socio. l. quoties § si dolo. ff. de probatio. cum concordant. ib.* alios citat copiose Menoch. *consil.* 343. *num.* 1 *lib.* 4. *ac de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 122. *num.* 2.

Sed iam superest, vt argumenta diluamus, quę aduersus nostram conclusionem sese offerunt.

Primum argumentum, formari potest in hūc modum: Domini Ponzii & Consortes, creditores appellantur in instrumentis dominorum Comitum, & pro pecunia credita pignori acceperunt castrum & reliqua bona, vt patet ex instrumentis contractuum, sed creditor fructus † ex pignore perceptos tenetur in sortem computare etiam cōtraria pactione non obstante, ergo & ipsi Domini Ponzii tenentur in sortem pecuniæ creditæ fructus imputare quos perceperunt ex castro & reliquis bonis pignoratis, [illegible] pactis in contractu non obstantibus. 44

Illa minor propositio probatur *ex l.* 1 & 2. *C de pignor. act. c. cū contr. de pignorib c.* 1. & 2. *c. conqu[illegible] de vsuris.* per Alexan. *consil.* 31. *num.* 13. & *consil.* [illegible] Io. Baptist. Lupum Geminianum *de vsuris.* [illegible] 6. *n.* 10. & nouissime Senatum Pedemontanum [illegible] 78. *in decisionib. Antonini Tessauri.*

Respondemus Dominos Ponzios creditores vocari respectu annuorū redditrum & respectu etiam summæ quadraginta millium, & pro eadem quadraginta millium & censuum securitate [illegible] illis castrum oppignoratum, sed tamen fructus castri perceptos imputare non tenētur in sortem quia non perceperunt eos ex castro & aliis bonis tanquam ex pignore & rebus pignoratis, sed tanquam ex bonis emptis cum pacto reuendendi. Licet enim primo castrum & reliqua bona fuerint eis oppignorata, tamen illa oppignoratio transiuit eum fecit in alium contractum nimirum in contractum emptionis & venditionis, ita fit, vt fructus in sortem imputare non teneantur, quia nemo ex re empta cum pacto reuenditionis fructus in sortem computat, vt supra dictum est.

Domini autem Ponzii eos perceperunt ex re empta, & postquam locum habuit ipse emptionis contractus, non tenentur ergo illos in sortem imputare.

Secundum argumentum, tangit cōtractum census. Nam secundum Imperii notissimas constitutiones redditus annuus excedere nō potest vsuras quincunces, quinque scilicet in singula centena, sed hic excedit respectu venditionis factæ Dominis Ponziis, ergo est illicitus & vsurarius.

Respondemus illicitum non esse aut vsurarium, sed reducendum ad quincunces vsuras, sicut etiam supra diximus, & in responsione nostra notauimus. Ita enim & iuris esse & in Camera Imperiali obseruari probatur ex iis quæ tradit Andr. Gail. *lib.* 2. *obser.* 6. 4. & 5.

Tertium argumentum, formari potest ex constitutione Imperiali Caroli V. Anno 1548. edita, in quā cauetur quod in emptionibus eiusmodi censuum & annuorum redditrum facultas denūciandi sit penes venditorem, non autem penes emptorem censui & quod pactū in contrarium tanquam vsurarium censeri debeat.

Respondemus hoc argumentum nil obstare quia facultas denunciandi in specie nostra expresse venditoribus nempe Comitibus fuit reseruata, non autem Dom. Ponziis & Consortibus, ita enim conuentum est, vt quandocunque Domini Comites voluerint censum redimere, semestri & annali respectiue, temporis spacio ante denunciare debeant, itaque denunciandi facultas ex Dom. Ponziorum voluntate non pendet, sed ex voluntate Comitum.

Quod si dicatur hæc vera esse, sed tamen Comites coactos esse videri ad redimendum censum intra annum vel triennium constitutum & præfixum, nisi velint castri dominium ac possessionem amittere, & illud in Dominos Ponzios transferre, vt in instrumentis, & consequenter indirecte eos cogi ad redimendum censum, secundum voluntatem & arbitrium emptorum.

Ad hoc

Ad hoc reſpondemus, latum eſſe diſcrimen inter hunc caſum & præcedentem, qui in conſtitutione Caroli V. continetur. Nam in caſu iſto non habent Domini Ponzii facultatem vllam denunciandi Comitibus, vt redimant cenſum, nec eos cogendi ad redimendum, ſed totum hoc negocium redimendi vel non redimendi pendet ex voluntate dominorum Comitum, & licet ſi non redimant iura caſtri transferant in dominos Ponzios & Conſortes, non tamen caſtrum amittunt prorſus ſed ſemper illud redimere poſſunt, reſtituta debita pecuniarum ſumma, cum cenſibus præteritis. Et hunc caſum non attingit Caroli V. conſtitutio, vnde remanet ſub diſpoſitione iuris cõmunis, qua attenta iſtiuſmodi pactum non eſt improbandum, vt ſuperius fuſe demonſtrauimus.

Quartum argumentum, eſt ex eo quod eiuſmodi venditio cenſus facta eſt ad annum & triennium reſpectiue, conſequenter cenſum redimere non poſſunt Domini Comites ante lapſum anni, ac triennii reſpectiue, vbi autem venditori cenſus facultas redimendi cenſum non competit niſi poſt certum tem-
45 pus† contractus eſt vſurarius. ſicuti affirmarunt Corradus *in tract. de contract: b. quæſt.* 50 Didacus Couuar. *lib. 3 reſol. cap.* 8. *num.* 8. Ioan. Baptiſta Lupus *ad l.* 2. *C. de pactis inter emptorem & vend. commentario* 2 §. 1. *num.* 42. & alii quos refert & ſequitur Menochius *conſil.* 445. *num.* 14. *l. b.* 5.

Reſpondemus falſum eſſe illud aſſumptum argumenti quod nimirum Comites redimere non poſſint niſi poſt certum tempus, neque hoc inſtrumenta dicunt, illud quidem dicunt, vt Comites redimere debeant annui cenſus venditionem, poſt annum & triennium reſpectiue. quod ſi non redemerint, caſtrum ſit emptum Dominis Ponzus & Conſortibus, cum pacto tamen reuendendi eodem precio.

Eſt autem maxima differentia vtrum ita ſit conuentum, vt venditori cenſum redimere non liceat niſi poſt certum tempus, an vero, vt poſt certũ tempus redimere non liceat. Primo caſu ſecundum aliquos Dd. cõtractus eſt ſuſpectus vſuraræ prauitatis, quia emptor certus eſt ſe vltra ſortẽ aliquid recepturum. Secundo autem caſu contractus eſt licitus ac permiſſus nec vllam habet vſuræ ſuſpicionem. Et ratio cur ſit licitus eſt clara quia cenſus ea lege poteſt vendi, vt nunquam redimi poſſit ſicuti vndecim argumentis probat Corradus *de contract: b. quæſt.* 82. ergo poteſt vendi etiam ea lege, vt poſt certum tempus redimi non poſſit ita in terminis argumentatur Corradus *de contract. quæſt* 83. *concluſ.* 8. Ioan. à Medina *in tractat. de reſtitut. cap. de cenſu redimibili.* Marcus Antonius Eugenius *conſil.* 100. *num.* 32. Dominicus Sotus *de iuſt. & iure. lib.* 6. *q.* 5 *artic.* 3. *in tertia concl.* quos authores ſupra etiam citauimus.

Nec obſtat conſtitutio Martini & Calixti quæ cenſus venditionem probant in qua venditori facultas conceditur perpetuo redimendi quia non propterea improbat eam venditionem quæ poſt certum
46 tempus venditori† aufert redimendi facultatem, ſicut animaduertit Didac. Couuar. *libro tertio. variar. reſolut. cap* 8. *num.* 7. nec non Dominicus Sotus *loco proxime citato.*

Quintum argumentum, ex eadem conſtitutione Caroli V. anno eodem promulgata ſumi poteſt quia ſcilicet Imp. ibi cenſuum venditionem ita permittit, vt liceat venditori denunciare & cenſum ipſum quomodocunque redimere, & pacta in contrarium improbat ac infringit. Conſequenter in caſu noſtro cenſus venditio reprobanda eſſe videtur, quia non licet venditori cenſum redimere niſi vſque ad certum tempus.

Reſpondemus eum eſſe Conſtitutionis Imperialis ſenſum, vt liceat emere cenſum cum pacto reuendendi, ita tamen, vt facultas denunciandi ac redimendi ſit penes venditorem, & pacta in contrarium non valeant. Vtrum autem cenſus venditio ſit illicita, quando iuxta mentem conſtitutionis facultas redimendi ac denunciandi penes quidem venditorem eſt, ſed tamen poſt certum tempus illam non habet, nec ipſe nec emptor, nihil decidit illa conſtitutio quã ob rem hæc quæſtio iure communi eſt definienda, ſecundum autem ius commune valet eiuſmodi cenſus vẽditio, vt ſupra deduximus ex Conrado & aliis Doctoribus.

Secundo reſpondemus, non tolli abſolute facultatem redimendi Dominis Comitib. etiam poſt dictum tempus, imo ſemper redimere poſſunt caſtrũ, illudque recuperare, vt patet ex inſtrumentis Itaque caſus non eſt omiſſus à conſtitutione. Eſt enim ita in caſu noſtro conuentum, vt niſi inter certum tempus cenſus redimatur, tranſitum faciat in alium contractum, nimirum in venditionem caſtri cũ venditionis pacto. Vtrum autem ea forma contractus celebrari poſſit nec ne, non ex Imperiali conſtitutione, quæ hunc caſum non amplectitur, ſed ex iure communi petendum eſt.

Poſtremo reſpondemus, dato quod huiuſmodi pactum eſſet illicitum & contra Imperii conſtitutiones, non † tamen contractus totus vſurarius cenſen- 47
dus foret ita, vt fructus percepti in ſortem eſſent imputandi, ſed tantummodo ipſum pactum irritum eſſet. & ius redimendi competeret quandocunque, eo pacto non obſtante. Hæc eſt enim expedita concluſio ex Andr Gail. *lib.* 2. *pract. obſeruat. c* 4 & apud Couuar. *variar. reſol. lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 7. quod eiuſmodi pactum non reddat totum contractum vſurarium ſed tantummodo irritum ſit & nullum ipſum pactum. Multo igitur minus dici poterit huiuſmodi pactum vſurarium reddere alterum contractum inter partes celebratum, videlicet emptionem caſtri cum pacto reuendendi qui prorſus eſt diuerſus à venditione cenſus.

Sextum argumentum reſpicit contractum venditionis caſtri & deducitur ex legibus quæ prohibent pactum legis commiſſoriæ in pignoribus, *vt in l. fin. C. de pact. pign. & ſimil lib.* Hoc enim videtur eſſe pactum legis commiſſoriæ improbatum, quia præceſſit pignus, fuit enim caſtrum oppignoratum Dominis Ponziis & Conſortibus. Deinde conuentum, vt ſi intra conſtitutum tempus cenſus non redimeretur, caſtrum eſſet venditum, ſub pacto tamen reuenditionis.

Reſpondemus ſolutionem ex ante dictis patere primo, quia id non eſt pactum legis commiſſoriæ, quoniam caſtrum non incidit in commiſſum, imo ſemper lui poteſt Secundo, quia hoc in caſu ceſſat omnis ratio ob quam tale pactum prohibetur. Nam prohibetur ad refrenandam auaritiam creditorum ne ſcilicet rem magni precii conſequantur modica pecunia, quam mutuarunt & ad conſulendũ indemnitati debitorum, ne modico precio res ſuas amittãt. Ceſſant hæ rationes in ſpecie noſtra, quia ſemper datur facultas caſtrum pro eodem precio redimendi vnde non amittunt caſtrum neque illud acquirunt Domini Ponzii niſi tantiſper donec ſcilicet illud reſtitu-

to precio redimant. Tertio ex aliis rationibus quas cum superius copiose retulerimus non est cur repetamus hoc in loco.

Septimum argumentum, est ex precii modicitate perpendendo præsertim ambos contractus separatim factos & venditum castrum fuisse precio viginti millium, tam Dominis Ponziis quam Consortibus seorsim iuncta eorum conclusione qui dixerunt precii modicitatem sufficere vna cum pacto reuendendi ad constituendum contractum fœneratitium.

Respondemus ambas summas esse coniungendas & vnicum contractum venditionis castri esse constituendum precio scilicet quadraginta millium aureorum. Licet enim duæ sunt conceptæ venditiones, re vera tamē vnica est venditio facta precio quadraginta millium, vt patet ex instrumento consensus Archiepiscopalis in quo narratur castrum venditum fuisse Dominis Ponziis & Consortibus scilicet Hollæ & Steinbergio precio quadraginta millium.

Hoc ita supposito nulla est precii modicitas sicuti superius demonstrauimus, præsertim vero talis quæ arguat cōtractum vsurarium cum ad illum effectum vlt. dimidium iusti precii solutum esse debeat & alias ob causas quas late supra recensuimus. Nec præterea standum est eorum sententiæ, qui dixerunt duo illa sufficere ad reddendum contractum fœneratitium, cum contraria sententia sit verior & communior, vt supra ostensum est.

Octauum argumentum, est ex eo quod conuentum est damna contingentia ad Comites venditores pertinere. Hæc enim pactio videtur vsuræ suspicionem inducere ex traditis Menoch. *de præsumpt. lib. 2. præsum. 127. num. 57.* Bursatus *consil. 153. num. 41. lib. 2.* & aliis.

48 Respondemus nihil obstare quia talis pactio sicut & aliæ [illegible] congruenter ad suos contractus referenda sunt. Sunt enim, vt initio diximus, tres contractus celebrati inter partes. Nimirum venditio census annui; oppignoratio castri & bonorum; & vēditio ipsius castri cum pacto reuendendi: ita fit, vt sicut non omnis pactio omni contractui conuenit, ita si propriæ contractui cui conuenire potest adaptetur, nihil absurditatis contineat. Potest autem pactio iam dicta recte contractui pignoris aptari durante census annui præstandi obligatione, quia res pignorata perit domino *l. pignus in bonis. C. de pigno. actio. cum vulgarib.*

Atque ita ex prædictis respondemus contractus de quibus agitur esse licitos ac de iure permissos confidimus, & ita iudicatum iri ab iis quibus huius causę cognitio est demandata, præsertim vero ab illustrib. & [illegible] Iurisc. qui supremo Imperiali auditorio Spiræ præsident, si forte ad eos cognitio huius negocii destinetur. Saluo tamen meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro eisdem nobilibus Ponziis
Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII XVII.

Quando pecuniæ post contractum mutuatæ eodem iure censeri debeant cum precio in contractu præcedente numerato.

SVMMARIA.

1 *Venditio iuris potest precio certo cum relatione ad incertum.*
2 *Pactum reformari nequit sine consensu vtriusque partis.*
3 *Pactum inter alios alius non nocet, & de vna re ad aliam non porrigitur.*
4 *Renunciare nemo iuri suo præsumitur.*
5 *Protestatio facta ad limitandam obligationem iam contractam non valet sine consensu partis.*
6 *Contractu absoluto nemo potest ab eo recedere.*
7 *L. 1. C. etiam ex chirograph. pecu. declaratur.*
8 *Pignus in re propria non consistit.*
9 *Pignus à principio nullum quando reuiuiscat.*
10 *Creditor potest rem retinere pro alio debito.*
11 *Authores huius sententiæ adducuntur.*
12 *Creditor non potest rem depositam vel commodatam retinere sub prætextu sui crediti.*

Christi redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

POstquam respondimus in causa vertente inter illustres Comites Mansfeldenses ex vna, & nobiles Dominos Ponzios ex altera parte, contractus inter eos celebratos venditionis annui census super castro Fridburg. oppignorationis & venditionis eiusdem castri, cū pacto reuenditionis, vsurarios nobis nō videri, sed licitos atque permissos, proposita fuit alia quæstio, nunquid scilicet pecuniæ solutæ a Dominis Ponziis post eiusmodi contractus initos, in vtilitatem & commodum ipsorum Comitum, pro liberatione castri obligati, & alias ob causas eodem iure censeri debeant, quo precium ac summa quadraginta millium florenorum in emptionem primo annui cēsus, deinde ipsius castri expositorum ac solutorū dictis Nobilibus, vt in dictis instrumentis contractuum habetur, ad hunc effectum, vt quemadmodum Dominis Comitibus non licet castrum redimere nisi restituant quadraginta milliū summam, ita etiam eisdem non liceat redimere, nisi simul restituant alias quasque summas pecuniarum postea solutas: ita vt Domini Ponzii possidere, ac frui possint castro & reliquis bonis, fructusque percipere sine redditione rationum, donec omnis pecunia prædicta & non tantum summa quadraginta millium aureorum eis restituatur à Dominis Comitibus, quasi ad reuenditionem castri teneantur, si & precium quadraginta millium eis restituatur, & omnis præterea pecuniæ quantitas, quam postea soluerunt, & exposuerunt.

Respondemus ad hanc quæstionem, dictas pecuniarū summas postea solutas seu expositas à Dn. Ponziis, eodem iure non esse censendas, quo prior summa quadraginta millium, ad effectum iam commemoratum, sed eodem iure censeri posse, quantum ad istum duntaxat effectum, vt liceat memoratis Dominis Ponziis castrum ipsum retinere, donec omnis pecuniarum quantitas eis fuerit restituta. Huius nostri responsi rationes à nobis cum iam postulentur, Respondemus tribus potissimum rationibus & argumentis adductos nos fuisse in hanc sententiam, vt dictas pecunias postea solutas eodem iure non esse censendas arbitraremur, quantum ad eum priorem effectum, quem diximus, cur autem quantum ad posteriorem effectum, nempe quoad ius castrum simpliciter retinendi eodem iure cēsendas, putemus tria similiter potissimum argumenta effecisse, quæ omnia si ordine recensuerimus, postulationi ac desiderio Dominorum consulentium, nos satisfecisse existimabimus.

Primum itaq; in eam sententiam adducti fuimus ex eo, quod si pecuniæ postea solutę, eodē iure essent censendæ, secundum illum priorem modum, necesse esset

se esset affirmare, castrum fuisse venditum cum pacto
reuendendi non solum precio quadraginta millium
florenorum, quod in cōtractu definitū & expressum
est, verum ēt ea pecuniarum summa, veluti augmēto
quodam precii, q̄ postmodum à D Pōziis soluta fuit,
sed hoc nullo modo dici potest: ergo nec dicendum
est pecunias postea solutas, eodem iure censendas
esse, quo prior summa quadraginta millium.

Maior propositio probatur, quia si pecunię postea
solutę, debent eodem prorsus iure censeri, quo prior
summa quadraginta millium, necesse est, vt sint loco
precii ipsius castri venditi, sicuti est prior illa summa
40. millium, & sic necessario ita est statuendum, ac si
castrum vēditum esset precio quadraginta millium,
& eius prætereà qualitatis, q̄ postea soluta fuit: nisi.n.
hoc ita statuatur eodem iure censeri non possunt o-
mnes hæ pecuniæ, quia tunc vna pars cederet in pre-
ciū castri, altera vero nō cederet, vt patet ad sensum.

Minor.a. probatur, quia licet venditio fieri possit
precio certo ac definito cum relatione habita ad in-
1 certum, vt puta † esto mihi fundus emptus cētum &
quāto pluris vendidero, quia precium est certum, &
augebitur si pluris emptor fundum vēdiderit, vt ha-
betur *in l. hæc venditio §. vlt. ff. de contrah. empt.* & conse-
quēter castrum vēdi potuerit precio 40000. aureo-
rum, & tanto pluris quantū id futurum esset, q à Dn.
Ponziis solueretur creditoribus Dn Comitum, sicuti
aduersus Fabr. docuit Pinel. *in comment. ad rub. C. de re-
scind. vend. in 2. parte nu.* 8. Tamen in proposito nostro
id non habet locum, quia in instrumento vēditionis
nulla est habita relatio ad quantitates postea soluen-
das à D Ponziis creditoribus ipsorum Comitum, vel
alias, ipsis Comitib seu in vtilitatem eorum, sed pre-
cium castri certum ac definitum fuit, nimirū 40 mil-
lium, vna cū annuis redditib. nulla prorsus facta mē-
tione alicuius quantitatis postea quomodocunque
soluendæ à dictis D. Ponziis, vel creditorib. ipsorum
Comitū vel aliter: ergo nullo modo dici pōt vendi-
tionem factam fuisse precio certo cum relatione ad
incertum, vt in specie, de qua lCtus loquitur *in d. l.
hæc vend tio. § vlt* vel Pinellus *loco memorato.*

Secundo moti sumus, quia memorati Dn. Ponzii
promiserunt castrum, & reliqua bona D. Comitibus
reuendere, quādocunq; eis 40000. florenorum, vna
cum censibus residuis redderent, sicuti clare cōtine-
tur in instrumētis: ergo non possunt iā dicere, se non
teneri ad castrum reuendendum, nisi eis prætereà re-
stituantur pecuniarum quantitates postea solutæ; q̄a
id repugnat pacto reuēditionis, de quo in instrumē-
tis. Consequenter pecuniarum quātitates postea so-
lutæ à Dn. Ponziis eodem iure censeri non possunt
nec debent, quo prior summa 40 millium.

Confirmatur hæc ratio, quia ex hoc reformaretur
pactum prius finitum, de reuendendo castro, p sum-
2 ma 40000. vt patet Nō pōt autē pactum † reformari
sine consensu vtriusq; partis contrahentium. *l. ab em-
ptione. l. iurisgen § adeo. ff. de pactis.* sed nullus est hic con-
sensus comitū imo semper repugnarunt & repugnāt:
ergo à priore conuentione & pacto non est receden-
dum nec ex solo D Ponz. consensu inducēda est mu-
tatio siue reformatio semel placitorū & couētorum.

Tertio in hanc sententiā adducti sumus, quia fun-
damentum quo nituntur, aut niti possunt D Ponzii
nō est solidum: illud.n est, quia in instrumento con-
sensus Archiepisc. quem consensum ipsi Comites im-
petrarunt, ita expresse constitutum est, vt non solum
venditioni castri cōsensum pbuerit idem Archiepisc.
Dn directus, verum etiam ita ordinauerit, vt si con-
tigerit deficiente stirpe Comitum M. feudum ad se
redire, non possit tamen nec debeat illud ad se reci-
pere, nec cuiquam de nouo concedere, vendere, pro-
mittere, neq; vlla alia ratione mutare, nisi Christoph.
à Steinberg, Ascanius ab Holla, Ioach. & Christoph.
Ponzii summa 40000 aureorū & census. Et quę porro
in castrum exposuissent, vel adhuc expositur essent
ex tenore contractus, totaliter & plene receperint,
eaque omnia ipsis sufficienter persoluta fuerint. Sic
enim habent verba dicti instrumenti, consensus Ar-
chiepiscopalis latine reddita.

Ex quibus argumentum sumunt in hunc modum:
Nihil in præiudicium Dn. Ponziorum & consortium
immutari potest super castro, q emerunt à D. Comi-
tib. donec eis summa 40000. & census restituātur,
nec non ea quæ porro in castrum exposuerunt, sed
ipsi D Ponzii in castrum exposuerunt reliquas pecu-
niarum summas, ergo donec eis restituantur, nihil in
eorum præiudicium mutari debet, consequenter in
possessione castri manere debent, ut emptores & fru-
ctus libere percipere, absq; vlla rationum redditione
vti hactenus manserunt & perceperunt, donec eis
oēs pecuniæ in castrum expositæ restitutæ fuerint.

Sed argumentum non est firmum propter tres cau-
sas. Prima est, quia illa maior propositio non proba-
tur ex memorati instrumenti verbis. Neq; enim Ar-
chiepiscopus absolute statuit, nihil esse mutandum
circa ius quod in castro Dn. Ponziis & consortibus
competit, donec eis restituantur quadraginta millia,
& reliquæ summæ postea expon[illegible], sed illud sta-
tuitur, in vnū duntaxat casum & euentum, & quoad
suum ipsius præiudicium, videl. si contingeret castrum
ad se reuerti, propter lineā & generationem finitam.
Vnde ex hoc deduci non potest argumentum ad alias
personas, & ad alium casum prorsus differentem,
nempe, quando Domini Comites redimere vellent
castrum, vt non possint illud redimere, nisi [illegible]
quadraginta millibus, & iis quæ porro exposuerunt
dicti Domini emptores in castrum. Est enim hic alius
casus longe diuersus, & sunt aliæ personæ.

Ante omnia inquit text. *in l. si vnus. §. ante omnia ff.
de pactis* animaduertendum est † ne conuentio in alia 3
re facta, aut cum alia persona, in alia re aliaue perso-
na noceat, idem docet text. *in l. Imperatores § vlt. ff. de
transact. in l. 1. C. eod. tit.* & in aliis locis concordantib.
quæ Doctores notant in locis allegatis, præsertim Ia-
son *in dict. § ante omnia.*

Altera est causa, quia si hoc argumentum valeret,
viderentur Comites Mansfeldenses sibi magnopere
præiudicare, circa ius redimēdi castrum, vt nimirum
illud redimere non possent, nisi vltra summam qua-
draginta milium & census, restituerent etiam pecu-
nias postea expositas, & consequenter renunciare iu-
ri redimendi, quod ex pacto eis competebat, scil. ca-
strum redimendi restitutis duntaxat quadraginta
millibus & censibus. Nemo autem præsumitur † re- 4
nunciare iuri suo ac sibi præiudicare. *l. cum de indebito.
ff. de probat. c. super hoc. de renunc.* Nec induci debet re-
nunciatio, nisi expresse constet, vt probat text *in c. fi-
ne. & ibi Gl. eod. de renun.* & declarāt Doc. *in l. pen. ff. quā litt.
n. 15 C de pact.* Crauet. *in cons.* 100. *n.* 10 *& aliis passim.*

Tertia causa est, quia illa verba & quę porro in ca-
strum expositum essent, duplicem habere possent in-
terpretationem, vnam scil. in castrum, hoc est in me-
liorationem castri, seu in liberationem ipsius castri
obligati creditorib Alterā in castrum h. e in precium
seu in rōnē & augmentū precii ipsi⁹ castri, si iuxta prio-
rē interpretationē id accipiatur, planum est pecunias

postea expositas nō cedere in causam precii ipsius castri, & consequenter eas non esse eodem iure censendas, quo prior summa quadraginta millium, quæ in causam precii cessit, si vero id accipiatur secundum posteriorem interpretationem illud obstat, quod nullibi constet eiusmodi pecunias fuisse expositas in talem causam, scilicet in precium seu in augmentum precii ipsius castri. Licet enim Domini Pontzii id semper protestati fuerint, tamen Comites contradixerunt, & vsuras semisses obtulerunt. Et quando
5 protestatio fit ad tollendam seu limitandam † obligationem iam contractam, tunc non valet, nisi pars consentiat. *l. perfecta. Codic. de donat. quæ sub modo.* & declarat Bartol. *in l. non solum. §. morte. num. 12. ff. de oper. nou. nunc.* quem cæteri Doctores secuti sunt teste Iasone *ibidem num. 17.* Ratio est manifesta, quia post-
6 quam contractus est absolutus, non est in potestate alterius ex contrahentibus, vel ab eo recedere, vel aliquid ei addere seu diminuere sine consensu alterius, *l. 1. C. quando liceat ab empt. discedere. l. sicut. C. de act. & oblig. l. ab emptione. ff. de pact. cum vulg.* Consequenter non fuit in potestate Dominorum Pontziorum absque consensu comitum hoc efficere, vt pecuniæ solutæ imputarentur in precium seu in augmentum precii ipsius castri.

Neq; enim illa verba consensus Archiepiscopalis, id iuris tribuūt Dominis Pontziis, vt quicquid pecuniarum expositum essent, illud in augmentum precii cedere deberet.

Adde quod hæc posterior interpretatio non est verisimilis, cum iam inter partes certum precium castri fuerit definitum, nec vlla mentio facta augmenti secuturi. Quamobrem argumentū inde sumptum, vti diximus, non videtur nobis firmum ac solidum esse.

Et hæc sunt argumenta quibus persuasi respondemus reliquas posteriores summas pecuniarum à Dominis Pontziis solutas, non esse eodem iure censendas, quo prior illa summa quadraginta millium.

Nunc superest vt breuiter adferamus eas rationes quibus confisi, existimauimus eiusmodi summas posteriores eodem iure censendas esse cum memoratis quadraginta millibus, quantum ad hunc effectum duntaxat, vt Domini Pontzii ius habeant retinendi castrum, donec eis restituantur.

Primo igitur in hanc sententiam adducti sumus, quia castrum sæpe dictum oppignoratum fuit Dominis Pontziis pro summa quadraginta millium florenorum, & pro annuis reditibus, postea D. Pontzii alias pecuniarum summas numerarūt ac soluerunt. Est autem explorati iuris pignus retineri posse, à creditore etiam ob chirographariam pecuniam, hoc
7 est, ob pecuniam † simpliciter & absq; pignore numeratam & creditam, text. *in l. vnica. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* Et licet text. loquatur de pecunia mutuata, idem tamen est in pecunia ex quacunq; alia causa debita, ob eandem rationem æquitatis, sicuti notat Gloss. *ibi in verb. mutuam.* & sequitur Salycetus *in prima quæst.* & Neguzantius *de pignoribus. in 3. membro 5. partis principalis. num. 46.*

Nec obstat si dicatur pignus hac in specie fuisse extinctum per acquisitionem dominii, si quidem castrum Dominis Pontziis & consortibus postea fuit
8 venditum cum pacto redimendi: & in † re propria pignus non consistit, *l. neq; pignus. ff. de reg. iur.* quia respondemus id procedere, quando dominium irreuocabiliter est acquisitum creditori, ita vt res restitutioni non subiaceat, secus autem, quando dominium non est irreuocabiliter acquisitum, sed res adhuc restitutioni subiacet, quia tunc † eueniente casu 9
restitutionis, pignus reuiuiscit, text. *in l. pen. §. de exceptione rei iudicatæ.* in illis verbis. In proposita autem specie magis me illud mouet, nunquid pignoris ius extinctum sit dominio acquisito, neque enim potest pignus perseuerare Domino constituto creditore, actio tamen pignoratitia competit, verum est enim & pignori datum & satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatæ exceptionem. Hactenus I.C. idem probat text. *in l. ei à quo. ff. ad Trebell.* & ita docet in specie Bartol. *ibid. in num. 2. & in l. Iulianus §. offerri. ff. de act. empt.* & Decius *in d. l. neq; pignus num. 1.* nec non Cagnolus *ibidem, vbi alios citant. ff. de reg. iur.* quib. adde Neguzantium *de pignoribus. in 4. membro 5. partis principalis. nu. 3.* & Paul. Castrens. *in dict. l. pen. §. Labeo. num. 2. ff. de except. rei iud.*

Secundo, in hanc sententiam adducti sumus ex eo, quod Domini Pontzii posteriores summas pecuniarum soluerunt pro liberatione castri creditoribus obligati magna ex parte, quo casu licet † creditor nō 10
acquirat hypothecā in re ipsa, acquirit tamē ius eam retinendi, si possideat, text. *in l. 1. ff. quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.* ibi. *si tamen possideat, exceptione doli defenditur.* quem text. ad hoc notat Bartol. ibidem & Neguzan. *de pignorib. in 4. membro. 5. partis principalis. nu. 6.* & in specie cum quis pro liberatione castri expendit, quod possit castrum retinere, donec † ei restituatur pecunia soluta, respondit Ioan. de Anania *consil. 32. num. 10.* quem secutus est Ludouicus Bolognetus *ibi in additionibus.* & Ruinus *in consil. 100. numer. 6. libr. 4.* 11

Postremo moti fuimus, quia hæc videtur esse generalis æquitas, vt debitoris res à creditore retineri possit, donec † ei restituatur debita pecunia, excepta tamē commodati & depositi causa, & certis aliis 12
iuxta l. vlt. C. comm. & l. vltim. C. de compensatio. Probatur hæc sententia *ex l. si non sortem. § si centum. ff. de condict. indebiti.* in illis verbis: *Ager autem retinebitur, donec pecunia debita soluatur.* & ibi Gloss. *in verbo retinebitur.* Argumentum inquit, quod si mihi aliquid deberes, & res tua sine vitio ad me perueniat propter id debitum retentionem habeo. Idem notat ibi Alexander *num. 6.* & Bartol. *in l. si non inducta. num. 4. C. in quib. causis pignus tacite contrahatur.* Quam sententiam in specie nostra locum magis habere putamus, perpendentes præsertim verba consensus Archiepiscopalis, ex quibus facile deprehenditur, eam fuisse mentem, tum Archiepiscopi, tum ipsorum Comitum, vt Domini Pontzii & consortes, in possessione castri manerent, donec eis non solum quadraginta millia & census, verum etiam pecuniæ postea exponendæ soluerentur.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustriss. D D. T.

Argumentum Consilii XVIII.

De transactione rescindenda ob falsam causam, dolum & calumniam.

Summaria.

1 *Transactiones seruandæ sunt.*
2 *Nec patientia reuocari possunt.*

3 Neq;

3 *Neq, Principis rescripto.*
4 *Et adiuuandæ sunt interpretatione.*
5 *Nec rescindi possunt ob instrumenta nouiter reperta.*
6 *Nec sub prætextu specierum nouiter repertarum.*
7 *Nec erroris prætextu.*
8 *Nec prætextu enormis læsionis.*
9 *Transactiones possunt rescindi opposita exceptione vel replicatione doli.*
10 *Sed indicia doli clara esse debent.*
11 *Transactio fit de re dubia & lite incerta, alias non valet.*
12 *Administrator reddere rationem tenetur.*
13 *Idem in tutore.*
14 *Et in socio qui administrauit.*
15 *Et in fratre qui fratris bona administrauit.*
16 *Et in matre quæ filii bona administrauit.*
17 *Idem in patre administratore.*
18 *Idem iuris licet administrator sit minor 25 annis.*
19 *Consuetudinem qui valeant introducere.*
20 *Inferior tollere non potest legem superioris.*
21 *Scire leges quilibet tenetur.*
22 *Transactio facta ex falsa causa non valet.*
23 *Gesta ex falsa causa non valent.*
24 *L. tres fratres. ff. de pactis expenditur.*
25 *In dolo esse dicitur, qui non facit, quod facere tenetur.*
26 *Dolus præsumitur contra tacentem ea, quæ tenetur dicere.*
27 *Et ibidem.*
28 *In dolo præsumitur, qui totum non edit, & qui obscura dissimulat.*
29 *Transactio rescinditur ob læsionem enormem.*
30 *Promissiones seruandæ.*
31 *Nemo potest agere sine actione.*
32 *Administrator nihil petere potest, donec rationes reddat suæ administrationis.*
33 *Pupillus tenetur ex facto sui tutoris & administratoris.*
34 *Contractus factus cum tutore videtur factus cum pupillo.*
35 *Heres est obligatus ex persona defuncti.*
36 *Iuramentum in litem defertur contra eum, qui non facit inuentarium & administrauit.*
37 *Qui semel rationes reddidit, non debet amplius cogi ad reddendum.*
38 *Nisi male reddiderit.*

Iesu Christi Redemptoris nostri auxilio implorato.

QVidam nobiles Domini N.N.N.N. cum de communib. bonis transigere inter se in animum haberent, petierunt ab vno ex eis nomine S qui erat senior & bona omnia administrauerat, vt rationem redderet suæ administrationis, & quoniam id facere recusabat certis quibusdam causis, ita inter partes transactum & conuentum est, vt saltem ipse Dominus S. indicaret, quo in statu bona communia essent, quæ & qualia, quantaque essent, qui & quanti fructus percepti, & in quem vsum expensi, quæ debita, quæ credita essent. Quare idem Dominus S. extractum quoddam summarium expensarum obtulit, & debita etiam, quædam leuiora & à se nondum soluta indicauit. Cæterum occultauit & tacuit debitum quoddam viginti millium circiter florenorum, de quo alii Domini nullam habebant notitiam, sed ipse optime sciebat extare: Absoluta igitur transactione post tres annos de Dn. S. prodit debitum illud ab eo cælatum, & petit ac instat, vt quilibet dictorum Dominorum illud pro virili portione soluere velit, quod facere ipsi recusant.

Quæritur quid iuris? sed vt omnia quæ ex proposita facti specie in disceptationem vocari possunt, discutiamus, certumq; & perfectum responsum D consulentibus detur, quatuor quæstiones sigillatim tractandæ & discutiendæ sunt.

Prima quæstio est, an dicta transactio facta valeat, ac seruanda sit, an vero rescindi possit, necne?

Secunda, vtrum ad instantiam & petitionem dicti D.S. teneantur D. consulentes soluere debitum illud viginti circiter millium florenorum, pro rata portione?

Tertia, si non teneantur illud soluere ad dicti Dn. S. instantiam ac petitionem, vtrum saltem teneantur ad instantiam & petitionem creditoris seu creditorum quibus debetur dicta pecuniarum summa?

Quarta, dato quod teneantur illud soluere ad instantiam veri creditoris seu creditorum, quam actionem ipsi habeant aduersus D S. propterea quod tempore transactionis dictum debitum non indicauit, vt ea mediante suæ consulere valeant indemnitati.

Quod attinet ad primam quæstionē an dicta transactio valeat ac seruāda sit, an vero rescindi possit necne? videbatur prima vt aiunt facie respondendum valere ac seruandam esse Primo quia † transactiones 1
seruandę sunt. Nullus enim erit litium finis si à transactionibus bona fide interpositis ceperit facile discedi, inquit text. *in l fratris. C. de transact* Et ideo transactionib. est standum † nec pœnitentia reuocari pos- 2
sunt, *l quamuis. C. eod. tit.* imo nec † rescripto Princi- 3
pis causas & lites transactionibus legitimis finitas restaurari oportet, *l. causas. C eod. tit.* & ideo transactiones quantum fieri potest iuuandas esse, vt † viribus 4
subsistant ac seruentur, respondit Crauet *in cons* 85 *nu.* 13 *lib.* 5. & passim alii Doctores, Deciau. *in cons.* 18. *num.* 2. *lib.* 3.

Secundo, quia nec prætextu quidem instrumenti nouiter reperti † transactio rescindi potest, *l. sub præ-* 5
textu. 19. *C. de transact.* Quod procedit etiamsi ex instrumētis nouiter repertis appareret, quadruplo amplius in hereditate fuisse *l. Lucius. § vlt ff. ad Trebell.*

Tertio, quia nec sub prætextu specierum † postea 6
repertarum transactio infirmari potest, *l. sub prætextu.* 29. *C eod. tit.* vbi Fulgos. inter cæteros dicit se respondisse ex facto quendam nepotem, qui cum auunculo suo super administratione bonorum transegerat, quædam iocalia, vt ipse appellat, quæ penes vxorem auunculi postea reperta erant, & ad ipsum nepotem pertinebant, petere ac vindicare nō potuisse, & cum ea vindicare voluisset post habito consilio Fulgos. in iudicio succubuisse, quia transactio etiam sub prætextu specierum nouiter repertarum infirmari non potest.

Quarto idem videbatur respondendum argumento sumpto *ex l. 1. Cod. de errore calculi.* vbi dicitur rationes etiam sępe computatas denuo tractari posse ob errorem calculi, nisi transactio interuenerit, ex quo patet transactionem etiam † prætextu erroris rescindi non 7
posse.

Quinto, quia nec sub p̄textu enormis læsionis rescindi † pōt transactio, sicuti *ex l. Lucius. § vlt ff ad Treb.* 8
& ex aliis legib. deducunt Gl. Io. Andr. Anch. & Barbat. nec non ēt Innoc. *in c. cū causa de em. & ven.* Specul. *tit. de empt. & ven. § nunc dicendū. vers. quid de transactione.* Cyn. Sal & Bald. *ad l. 2. C. de resc. in. ven.* Ias. Alex & Aret.

ad l:

ad l. si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Guido Papæ *singul.*
376. Curtius Senior *in consil.* 65. Panorm. *consil* 12. *lib.*
2. Barbatia *in consil.* 41. *libr.* 1. Corneus *in consil.* 11. *libr.* 3.
Alexand. *in consil.* 42. *lib.* 5. *&* 118. *libr.* 7. Ruin. *in consil.*
132. *num.* 3 *libr.* 1. Decius *in consil.* 216. *num.* 4. Grammaticus *decis.* 6 *num.* 47. Parisius *in consil.* 96. *num.* 61 *lib.* 1.
Berous *in consil.* 1 / 6. *num.* 25. *lib.* 1. Zasius *in consil.* 18. *libr.* 1.
Socin. Iun. *in consil.* 32 *lib.* 1. Alciatus *in consil.* 151. *num.* 26.
Afflict. *decis.* 220 Alban. *in consil.* 11. Roland à Valle *in consil.* 28. *num.* 25. *lib.* 4. Ioan Mauricius *de restit. in integr.*
c. 210. Andr. Gail. *libr.* 2. *obser.* 70. & Menochius *consil.*
401. *num.* 175. *lib.* 5.

Sexto & postremo, quia nihil aliud contra dictam
transactionem adferri posse videbatur, nisi quod D.
S. illud debitum magnum non indicauerit. Sed hoc
non videbatur esse sufficiens ad transactionem re-
9 scindendam: Nam licet transactio rescindi † possit
opposita exceptione vel replicatione doli. *leg. 4. l. sub prætextu. l. transactione. Cod. de transact. l. qui cum tutoribus. §. qui per fallaciam. ff. eod. cum aliis similibus.* tamen
dolus non præsumitur, sed probari debet *l. quoties. §. qui dolo ff. de probat.* cum sexcentis aliis à Mascardo citatis *de probationib. vol.* 1. *concl.* 531. *num.* 1. & indicia clara
10 & certa † esse debent, ita vt non possit res, nisi in malam partem accipi, vt dicebat Paulus Castrensis *ad l. dolum ex indiciis. num.* 1. *C. de dolo.* & post eum Mascard.
vbi supr. conclus. 530. *num.* 7.

Verum illis & similibus quæ adferri possunt non
obstantibus, re penitius expensa, & maturius considerata, existimo dictam transactionem nullius esse
momenti, aut certe rescindi posse. Pro cuius rei demonstratione assumo veram illam, & ab omnibus
receptam conclusionem, quod transactio fieri debet
11 de re dubia † & lite incerta, ita vt si nulla vere lis dubia subsit, sed res liquida & clara, tunc transactio non
valeat, tanquam euidentem calumniam continens.
l. 1. *ff. de transact. l. in summa. ff. de cond. inde.* in illis verbis:
sin autem euidens calumnia detegitur & transactio imperfecta est, & repetitio datur. & vtrobiq; Doctores notant
& late interrogati responderunt Crauetta *in consil.* 152.
num 10. Riminaldus Senior *in consil.* 102. *num.* 30 *libr.* 1.
Socin. Iunior *in consil.* 144. *libr.* 1. Alba. *in consil.* 89. Natta
in consil. 543. *num.* 32 Simon Petrus *in consil.* 7. Franciscus
Becius *in consil.* 109. *nu.* 6. Et isti alios citant, ex quibus
patet hanc esse communem omnium sententiam.

Igitur si demonstrauero nullam inter D. S. & alios
Dominos ipsius cognatos, vere dubiam litem fuisse,
sed rem liquidam & plane certam & claram, consequenter dicendum erit transactionem, factam super
eo quod erat liquidum, nullius esse momenti.

Quod igitur id esset liquidum & clarum de quo
erat inter dictas partes contentio probatur, nam super eo lis erat, & contentio vtrum Dominus S.
qui bona administrauerat rationes reddere teneretur, bona indicare, & in quem vsum expensi essent
fructus ac reditus bonorum, atq; in summa suæ administrationis rationem reddere Negabat ille se teneri, contra eum teneri contendebant reliqui eius
cognati, super hoc articulo facta est transactio. Dico
eam factam fuisse super re clara, certa, ac prorsus liquida. Est enim certum & iure omni exploratum,
12 quemlibet administratorem † teneri ad reddendas
rationes administrationis suæ. Ita enim villico iussit Saluator noster *capit.* 16. *& cap. qualiter & quando.* 2. *de accusat.*

13 Atque in tutore ita constitutum est, vt † tutelæ
administratæ rationes reddere teneatur. *l.* 1. *§. officio. ff. de tutel. & ration. distrah.* Idem in curatore *l. rationes.*
l. aduersus. Cod. de admin. tutor. Idem in socio, qui socii
negocia † tractauit, respondent Iason *in cons.* 4. *nu.* 14
3. *lib.* 1. Ruin. *in cons.* 1[illegible] *n.* 13. *&* 54. *nu.* 8. *lib.* 1. P[illegible]ius *in cons.* 82. *nu.* 22. *&* 84. *nu.* 24. *&* 85 *n.* 6. *lib.* 1. Idem in fratre, qui bona † fratris administrauit, tradunt [illegible] 15
Senior *in consil.* 231. *col.* 1 *lib.* 2. Decius *in cons.* [illegible] *&* 261. *col. pen.* Marsilius *sing.* 492. Crauett. *consil.* [illegible] *num.*
6. Roland. *cons.* 49. *num.* 2. *libr.* 1. Idem constitutum
est in † matre quæ filii bona administrauit, Decius 16
consil. 349. *numer.* 1[illegible]. Gozadin. *consil.* 99. *in fine.* Boerius *quæst.* 6[illegible]. Imo fortius patrem † administratorem 17
bonorum filii teneri rationes reddere probat, *l. lib. §. pater.* & ibi Bartol. *ff. de negot. gest.* Decius *in consil.*
110. *colum. vlt.* Roland *dict. consil.* 49. *num.* 15 *l.* [illegible] *lib.* [illegible]lonus *consil.* 24. *numer.* 5. Boerius *dict. quæst.* *n.* 6. Crauetta *in consil.* 218. Imo etiam si minor † sit is, qui al- 18
terius bona administrauit, rationes reddere tenetur,
non habita ratione ætatis, vt respondet Ruinus *in consil.* 97. *numer.* 4. 6. *libr.* 5. Et vt vno verbo [illegible]
uã, omnes administratores teneri scriptum reliquerunt Iason *in l. si præses num* 3 *Codic. de transact.* Decius
consil. 119. *numer.* 7 Roland *dict. consil.* 49. *col* 1. *lib.* 1.
late Carolus Molin *in consuet. Parisiens. tit.* 1. §. 6 *Gloss.*
6. *num.* 15. Menoch. *de arbitr. iud. casu* 209. *num.* [illegible] *cum pluribus seqq.*

Non obstant rationes quas Dn. S allegabat ob
quas dicebat, se non teneri ad rationes reddendas.
Primo quia apud suos maiores non fuerit id consuetum. Nam dato quod id verum esset, quod alii maiores
sui non reddidissent rationes administrationis, acta
tamen inter alios aliis neq; nocent neq; prosunt *toto tit. C. res inter alios acta.* Et ideo si aliquando inter aliquos eiusdem familiæ, vel actum fuerit, vel etiã consuetum ac seruatum, vt rationes redditæ administrationis non fuerint: nequaquam id prodesse aliis aut
nocere debet. Neq; enim ita potentes fuerunt illi ex
familia qui rationes non reddiderunt, vt legi generali, per quam alii omnes rationes reddere cogentur
derogare potuerint, aut consuetudinem legi contrariam inducere, quia id solũ † licet populo qui legem 19
condendi potestatem habet *l. de quibus ff. de leg.* non
autem aliis priuatis hominibus, qui legem condere
non possunt, Alexander *in cons.* 1[illegible]3 *num.* 8 [illegible] Crauet. *consil.* 96. *num.* 6. *&* 134. *nu.* 5 & de priuata familia, quod consuetudinem contra legem inducere
nequeat. tradit Angelus *in leg. vltim. col.* [illegible] 2. *Codic. de testament.* Alexand. *in l. si non speciali. post medium. versicul. sed an illud. Codic. eodem titul.* Iason *in l.* [illegible] *à filio. §. vltim. colum.* 2. *versicul. adde fortius. de leg.* 1. [illegible]nus *in consil.* 208. *colum.* 1. *versicul. præterea negari. libr.* 1. Et id
ratio etiam suadet, quia inferior † tollere non potest 20
legem superioris, *l. forma. C. de offic. præfecti prætor.* [illegible] *inferior. de maior. & obed.* Alexan. *in l.* 1. *col.* 1. *ff. quod* [illegible] *iuris.*

Secundo allegabat Dn. S. quod rationes non fuerint petitæ, aut illi insinuatum, quod deberet rationes reddere. Quæ sane allegatio nihil valet. quinimo petebantur tunc rationes, nec erat necesse id insinuare Domino S. quoniam vel sciebat, vel scire
debebat, se teneri ad rationes reddendas, ita enim
legibus aperte constitutum est, quas † vnusquisque 21
scire præsumitur, *l. leges. Codic. de legibus.* & lata culpa
est non intelligere id, quod omnes intelligunt.
leg. lata ff. de verb. signific. l. constitutiones. C. de iur. & fact. ignor.

Tertio dicebat idem Dn. S. quod se non obligauerit ad reddendas rationes, neq; eo modo administrationem accepisset. Hæc sane allegatio inanis est
& nul-

& nullius momenti, quia licet se non obligasset expresse, tacite tamē ex legis dispositione & forma reddere rationes tenebatur, quia sic tenetur omnis administrator, vt dictum est.

Quarto allegabant, quod Dn. V. vsq; ad mortem suam circiter tres annos simul cum illo administrauerit. Nihil prodesse poterat hęc excusatio, quia cum ipse quoq; Dn. S. administrasset, rationes reddere tenebatur pro sua parte.

Quinto allegabat impossibile esse, in tam magna administratione rationes reddere particulares, quæ sane excusatio non est bona, quia rationes reddi possunt, & quotidie reddi solent ab iis, qui bona Regum & Principum administrarunt, quæ longe sunt maioris momenti, & non requirebatur exacta quædam & scrupulosa rationum redditio, sed saltem generalis & verisimilis.

Secundo dicta transactio videtur esse nulla, quia causa finalis & pręcipua, propter quam facta fuit, cessat, & vera nō est. Etenim ideo ipsi D. S. à reliquis Dominis suis cognatis remissa est rationum redditio, & contenti fuerunt informatione, quam ipse dedit, & summario illo extracto, quia crediderunt, in eis contineri veram quantitatem bonorum, item debitorum & creditorum, præsertim cum super sua nobili fide ita verum esse Dominus S. assereret. Cum ergo non ita res se habeat, imo extet debitum magnum viginti circiter millium florenorum, de quo nullam ipsi Domini notitiam habuerunt, nec illud indicatum fuit à Domino S. qui sciebat illud extare, certe videtur cessare causa præcipua, ob quam Domini in eam transactionem consenserunt: si enim aliter se rem habere putassent, & extare, & non solutum fuisse dictum debitum, imo nec integras vsuras eius, non ita transegissent, sed voluissent sibi rationem reddi fructuum perceptorum, & omnium aliorum iurium ac redditnum.

22 Quod autem transactio ex falsa causa facta † vitietur, ratio naturalis id dictat quia transigens non debet remanere deceptus, inquit Castrensis *in l. penult. numer. 3. Cod. de transact.* & probatur optime *ex dict. leg. penultim.* & tradit Andreas Siculus *in consil. 16. numer. 29. libr. 3.* Menochius *in consil. 91. num. 46. libr. 1.* Alexander *in cons. 108. num. 8. libr. 1.* Decius *in consil. 350. num. 4.* Roland à Valle *in cons. 13. numer. 32. libr. 1.* Sfort. Odd. *de restit. in integrum parte 2. qu. 78. art. 3.*

Et hæc est regula generalis, quod nullius valoris
23 sint ea, quæ † ex falsa causa gesta fuerunt. Hinc dicimus iuramentum vitiari ex falsa causa præstitum Paris. *consil. 96. numer. 24. libr. 1* Item in solutum dationem, idem Paris. *in consil. 81. numer. 24. lib. 2.* Item laudum ab arbitris latum, Decius *in consil. 475. num. 14. 15.* imo & iudicis decretum, Parisius *cons. 89. num. 59. lib. 1.* & diuisionem quoq;, vt late per Menoch. *dict. cons. 91. num. 56. lib. 1.*

Tertio impugnari potest dicta transactio replicatione doli, vel si ex ea agatur præscriptis verbis, aut ex stipulata doli exceptione, quia videlicet Dominus S. non bona fide egit, quatenus leuiora quædam debita indicauit, non autem istud de quo agitur summum debitum, quod tamen sciebat extare: & præterea dixit, se bona auxisse in æstimatione triginta millium florenorum, quod apparet falsum esse cum non soluerit æs alienum, præsertim debitum istud magnum, & vsuras integras. Pro cuius rei confirmatione adferri potest, quod habetur *in l. tres*
24 *fratres. ff. de pactis.* illis † verbis. *si generalis pacti conuenti exceptio iis, qui fraudem à Titio commissam, ignorantes transegerunt, obiiciatur de dolo, vtiliter replicari posse.*

Et cum Dominus S. teneretur indicare dictum debitum reliquis Dominis cognatis, vt patet; quia est res maximi momenti, ideo cum non indicauerit, in dolo esse præsumitur, quia in dolo † esse dicitur, 25
qui non facit id quod facere tenetur, *leg. si procuratorem. §. dolo. & leg. dolus. ff. mand. leg. 1. §. est autem apud. ff. de pos. leg. dolo. ff. ad legem falcid.* Crauetta *in consil. 193. num. 2.* Curtius Iunior *cons. 19. nu. 1* & multi alii quos commemorat Mascard. *de probationib. vol. 1. conclus. 531. num. 24.*

Et quando quis cum alio contrahens, tacet aliqua, quæ si expressisset alius, verisimiliter contractum non fecisset, præsumitur dolus † contra ta- 26
centem, & alii cōtrahenti subueniri debet in odium tacentis, Alexand. *in consil. 109. numer. 110. libr. 4.* Decius *consil. 110. num. 9.* Crauetta *cons. 192. numer. 14.* Natta *consil. 341. num. 5.* alios in hanc sententiam citat Mascard. *vbi supr. num. 32.*

Præsertim vero, quia cum d. Dominus S. fuerit tutor & administrator dictorum bonorum ratione officii sui tenebatur indicare omnia bona debita & credita. Consequenter cum tacuerit illud magnum debitum † videtur in dolo fuisse. *l. dolus. ff. mand.* Ma- 27
scardus *vbi supr. num. 80.*

Facit pro confirmatione, quod dicitur † eum qui 28
totum non edit, quod edere debet in dolo præsumi, *l. vbi exigitur. ff. de edend.* Mascardus *vbi supra num. 94.* Item eum qui obscura dissimulat. *leg. ea quæ commendandæ. in fine. ff. de contrah. empt.* & qui rationes occultat, Baldus *in cons. 80. libr 3.*

Quibus ita se habentibus non obstant, quæ in cōtrarium dubitandi ansam afferebant. Nam quod in primis dicebatur transactionem esse seruandam, non autem infringendam etiam sub prætextu nouorum instrumentorum, ac nouiter repertarum specierum, aut erroris calculi, aut etiam læsionis, omnia hæc regulariter admitti possint, quanquam, quod de læsione dicitur multis † auctoritatibus & legibus refu- 29
tari possit, vt late dixi *libr. 2. controuersiarum iuris. capit. 26.* sed non percutiant speciem istam, quia in hac specie transactio facta est de re dubia & liquida, & sic euidentem continet calumniam. Item ex falsa causa & non bona fide, vt late deductum est: quibus in casibus, nec argumenta prædicta locum habent, & explorati iuris est, nequaquam seruandam esse transactionem, vt probatum est.

Et quod dictum est, dolum non præsumi regulariter; concedo verum esse, sed ab ea regula receditur ex coniecturis & præsumptionibus, quæ superius à nobis allatæ sunt. Et de prima quæstione hactenus.

Sequitur secunda quæstio, vtrum ad instantiam ac petitionem dicti Domini S. teneantur soluere debitum illud magnum nuper detectum, reliqui Domini eius cognati.

Et videbatur dicendum teneri, licet enim Dominus S. creditor non sit, atque adeo nullam habeat suo nomine directam actionem contra dictos Dominos, tamen allegare posse videbatur transactionem, in qua ita inter partes actum & conuentum est, vt si post eam, quandocunq; aliquid emergeret & appareret, quod ad communia bona pertineret, vel ex illis soluendum esset, tunc omnes dicti Domini transigentes æquis portionibus & commodum percipere, & debitum soluere tenerentur.

Cum igitur post transactionem factā debitū illud

commu-

commune, de quo agitur, emerserit, & detectum fuerit, videbatur dicendum, illud solui ab omnibus debere pro rata: Nihil enim est, quod magis congruat 30 fidei humanæ † ac rationi naturali, quam seruare ea quæ promissa sunt, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constitut. pecun.* cum similibus quæ pro huius axiomatis confirmatione late ac prolixe adferri possent.

Verum istis nil morantibus, contrarium de iure verius esse existimo ac respondeo, nimirum Dn. non teneri ad soluendum dictum debitum, ad instãtiam ac petitionem Dn. S. Nam cum ipse nec creditor sit, nec vllam suo nomine actionem habeat, eos conuenire non potest, secundum regulas vulgares, quia ne- 31 mo † sine actione experitur, *l. si pupilli § videamus. ff. de neg. g. stu. l. quoties. § item si temporali. l. tutores qui. ff. de administ. tutor. l. si quid. §. sicut. ff. de petit. hered. cum aliis similibus notissimis.*

Nec difficile est ad argumentum illud respondere, quod ex transactione desumitur, quia duobus modis responderi potest. Primum nullius esse momenti dictam transactionem, & sic non præstat impedimentum quod de iure non sortitur effectum, *cap. non præstat. de regul. iur. libr. 6.* quod autem non valeat, nec seruanda sit dicta transactio, patet ex iis, quæ in prima quæstione deducta sunt.

Secundo responderi potest dictam transactionis clausulam & conuentionem, de soluendis debitis; quæ postea emergerent, intelligendam esse de his debitis, quæ tunc à partibus ipsis transigentibus ignorabantur, nec sciri poterant ab aliquo ex ipsis Id probatur ratione manifesta, quia Dominus S. indicauit omnia bona, debita, credita, & iura communia, & quia fieri poterat, vt aliqua essent bona vel debita, credita, aut iura quæ ipse ignoraret, ideo adiecta est illa clausula, vt si aliquid emergeret, scilicet inopinatum & ignoratum, quod ad bona communia pertineret, vel ex illis soluendum esset, tunc quilibet commodum percipere & soluere teneretur.

Debitum autem de quo agitur, non erat inopinatum & incognitum ipsi D. S. imo ipse illius scientiam habebat, vt in facto præsupponitur: ergo non intelligitur illud reseruatum.

Confirmatur hæc sententia, quia iam ipse Dn. S. tenebatur, & sumpserat in se onus indicandi omnia bona, iuraq; communia, & pro informatione summarium illud extractum obtulit, ex quo facto in effectu crediderunt reliqui Domini, ipsum bona fide & vere omnia propalasse, & ideo promiserunt se soluturos debita, si quæ postea emergerent, promissio hæc referenda est ad ea, quæ putauerunt etiam ipsi Domino S. ignota fuisse: non autem certa & explorata, sicut fuit debitum, de quo nostra est disputatio, alioquin si secus diceretur, viderentur Domini reliqui voluisse & exegisse informationem & notitiam totius status rerum & bonorum communium à Domino S. & simul consensisse, vt aliqua magni momenti celaret, & non proderet, quod sane est absurdum, & contra mentem ac intentionem contrahentium.

Non obstat si dicatur licet Dominus S. creditor non sit, & nullam directam habeat actionem, quasi pecunia illi debeatur tamen sua interesse, vt isti Domini soluant, quia fortasse ipse qui se obligauit, & administrator fuit, ad totam summam conueniatur.

Nam si hoc obiiceretur, quod mihi sane ex facto non constat, vel aliud simile, ex quo interesse ipsius Domini S. in quæstionem & considerationem veniret: Respondeo eum audiendum non esse, antequam rationes reddiderit administrationis factæ, quia hæc est verissima conclusio, non posse administratorem agere aduersus eum † cuius bona admini- 32 strauit, antequam reddat rationes suæ administrationis, late Alexander *in consil. 192. libr. 7.* Crauett. *in consil. 275. numer. 13.* Ancharan. *consil. 235. prima facie.* Caualcan. *de tutore & curatore. num. 214.* vbi alios commemorat.

Quod si replicetur eum non teneri rationes reddere, quia liberatus fuit in instrumento trãsactionis. Respondetur eam liberationem & transactionem, vt iam dictum est, nullius esse momenti, & non seruandam sed infringendam ex causis allegatis in prima quæstione, & ideo nequaquam Dn. S. suffragari posse.

Ad tertiam quæstionem quod attinet, vtrum reliqui Domini conueniri possint pro rata, seu virili portione ad soluendum debitum, de quo agitur à vero creditore seu creditoribus, cui vel quibus pecunia debetur, & sic ad eius vel eorum instantiam soluere teneantur? Respondendum est teneri, quia nulla hic sit controuersia, quin debitum hoc sit legitimum, id est, ex legitima causa profectum & constitutum. Et cum à Dominis ipsis constitutum non fuerit, necesse est dicere illud, vel à Domino S. tanquam tutore seu administratore pro eorum rata fuisse constitutum, vel ab aliis personis, quarum dicti Domini sint in effectu nunc heredes & successores. Si à Domino Sigis. tanquam tutore & administratore legitime constituta contractum fuerit, nulla est dubitatio, quin ipsi quorum tutorio seu administratorio nomine se obligauit, teneantur ex facto, hoc est, ex obligatione & cõtractu † ipsius tutoris & administrato- 33 ris, *leg. post mortem. §. tutor. ff. quando ex facto tutor. leg. 1. Codic. eod. titul. leg. apud Iulianum. §. contractum. versicul. ego puto. ff. ex quibus caus. in poss. eatur.* vbi si cum tutore † contrahatur, quasi cum pupillo contractum vi- 34 detur, & notat Paulus Castrensis *in leg. restituta. §. pupillus. ff. ad Trebellian.* Dn. meus Cephalus *in consil. 314. numer. 9. & 316. numer. 31. libr. 3.* & in aliis administratoribus idem respondit Paulus Castrensis *in consil. 1. libr. prim. argument. leg. vltim. ff. quod cum eo. & leg. 1. §. magistrum. ff. de exercit.* & res est satis perspicua, quoniam alioqui contrahentes deciperentur.

Si vero ab aliis personis debitum illud cõtractum & constitutum est, quarum Domini consulentes heredes sint & successores: idem plane respondendum est, quoniam heres obligatus est † ad omnia, ad quæ 35 defunctus tenetur. *leg. 1. Codic. si certum petatur. leg. pro hereditariis. Codic. de hered. act. leg. 1. Cod. vt actio. ab hered. & contra heredes. leg. ex qua persona. ff. de regul. iuris.* Videtur enim vna & eadem persona cum defuncto, *vt in Authentic. de iureiurand. a moriente præstito.* & res est satis plana & certa, ac indubitata. Nisi aliquid in facto proponeretur, quod alioquin valeret ad aliquam iustam, contra creditores illud debitum petentes exceptionem parandam.

Restat postrema quæstio. Dato quod Domini Consulentes teneantur pro virili portione debitum soluere ad instantiam & petitionem creditoris vel creditorum, & ab eis conueniri possint, quo remedio ipsis Dominis consultum esse possit pro sua indemnitate.

Ad hanc quæstionem respondeo nullum aliud remedium occurrere, quam si Dominum S. iudicialiter conueniant ratione administrationis factæ ad redden-

reddendam rationem suæ administrationis, bonorumque, si quæ apud illum sunt, & reliquorum restitutionem.

Ex hac enim administrationis ratione apparebit, quid & quantum ex bonis fuerit perceptum, & in quem vsum erogatum, & si debitor esse deprehentur, cogetur soluere.

Quod possit is, qui bona alterius administrauit, conueniri ad reddendam rationem administrationis, certum & indubitatum est ex his, quæ diximus in prima quæstione supra.

Quod si Dominus S. rationes non reddiderit, quia librum & inuentarium non confecerit, in quo
36 omnia sint annotata contra eum † in litem deferri poterit, *leg. 1. §. offi. 10. ff. de tutela & ratio. distrab. l. tutor qui repertorium. ff de administ. tutor.* Menoch. *de arbit. iud. casu* 208. *num.* 16.

Non obstat si Dominus S. obiecerit, se rationes semel reddidisse per summarium extractum & in-
37 formationem datam in transactione, & † ideo non debeat amplius vigeri, *leg. semel. Cod. de apochis. libr.* 10. Socinus Senior *consi.* 92. *num.* 1. *libr.* 4. Decius *consil.* 94. *num.* 4. Castrensis *consil* 342. *aduertendum est. libr.* 1.

Quia replicari poterit id non procedere cum ma-
38 le & perperam † redditæ sunt, vt in casu nostro, Paulus Castrensis *loco proxime citato. column.* 2. Iason *consil.* 219. *num.* 2. *lib.* 2. Socinus late *in consil.* 159. & 190. *lib.* 2. Roland. à Valle *cons.* 49. *num.* 61. *libr.* 1. Menoch. *de arbitr. iud. casu* 209 *num.* 39.

Rursus non obstat, si Dominus S obiecerit, fuisse iam transactum inter partes, & se liberatum ex transactione ab vlteriori & exactiori rationum redditione. Quia replicari poterit, non valere dictam transactionem ex causis, quæ iam fuerunt allatæ in prima quæstione.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Reuerendis Patribus Iesuitis Monachiensis collegii.

ARGVMENTVM CONSILII XIX.

Variæ quæstiones feudales.

SVMMARIA.

1 *Vasallus cadit a feudo si non petat renouationem intra annum & diem.*
2 *Sed variis de causis potest excusari quæ hic recensentur.*
3 *In feudo nouo quomodo succedatur.*
4 *In feudo antiquo quomodo succedatur.*
5 *Inuestitura prima feudi attendenda.*
6 *Mutatio primæ inuestituræ, præsumitur facta per errorem.*
7 *Laudemium non debetur pro renouatione feudalis inuestituræ.*
8 *Renouatio facta saluis iuribus præiudicat, vt non sit caducitati locus.*
9 *Scientia præsumitur in eo, qui penes se habet instrumenta.*
10 *Editio officio iudicis petenda.*
11 *Actionis nomen in libello non requiritur.*
12 *Feudalis res præsumitur, quæ registrata est in libro bonorum feudalium.*
13 *Decima quando feudales præsumantur.*
14 *Feudum amittitur ob pacta non seruata.*
15 *Licet pacta non fuerint stipulatione vallata.*
16 *Feudo priuatur, qui subditos male tractat, & quando.*

Christi nomine inuocato.

QVod attinet ad primam quæstionem, an præfatus nobilis, qui renouationem non petiit intra tempus debitum, iure suo ceciderit, & feudum apertum sit Reuerendis Patribus?

Respondeo iure suo cecidisse, quia inter alias causas iustas, quibus feudum amittitur, hæc est vna, quando vasallus † per annum & diem renouatio- 1
nem non petiit, *capit.* 1. *quæ fuerit prima causa benefic. amittend. cap.* 1. *de capitulis Corradi.* Zasius *de feudis. parte* 10. *numer.* 16. Curtius Iunior *de feudis.* 4. *parte. numer.* 53.

Porro sunt complures causæ ob † quas vasallus 2
excusari & defendi potest, licet intra annum & diem non petierit inuestituræ renouationem, quarum vllа vtrum in casu proposito locum habeat ex facti specie non potest colligi, sed nobilis illam allegare potest, & si probauerit, euadet pœnam. Dictas causas omnium diligentissime explicat Ludolphus Schraderus *de feudis. parte* ... 1. & sunt hæ breuiter vt Dominorum Consulentium labor sublevetur.

Primo non currit annus, nisi à tempore quo vasallus sciuit, euenisse casum petendæ inuestituræ, consequenter si id ignorauit, excusabitur.

Secundo non currit, nisi ab eo tempore, quo ipse vasallus hereditatem adiuit defuncti vasalli; ideo si prius non adiuit, excusabitur.

Tertio hoc tempus vasallo non currit, si feudum non possideat.

Quarto non currit hoc tempus vasallo infanti.

Quinto non currit, si ad locum vbi Dominus degit, vasallus ire non possit.

Sexto non currit si Dominus fuerit absens, & eum conuenire nequiuerit.

Septimo excusatur vasallus si fuerit absens ex iusta causa, vel morbo aut alio iusto impedimento detentus.

Octauo excusatur, si ignorauerit rem feudalem esse.

Has & alias ponit Schraderus in hac materia excusationis causas, ego eas tantum retuli, quæ in hac facti specie locum forsitan possunt habere: Et sic ego concludo: Reuerendos Patres tanquam Dominos directos recte fundatam habere intentionem, & iuste denegare nobili præfato renouationem inuestituræ petitam, pro ea scilicet parte, quæ ad filium & filiam defunctos pertinebat, in quorum locum & ius, nobilis iste successit, & non solum denegare posse renouationem inuestituræ, verum etiam eum priuare dictis portionibus feudi, quas detinet, eoque nomine eum conuenire. Nisi dictus nobilis aliquam afferat iustam causam cur inuestituræ renouationem intra constitutum tempus non petierit, & non solum alleget dictam causam, sed etiam probet.

Ad secundam quæstionem; posito quod dictus nobilis iure suo non ceciderit, an Reuerendi Patres teneantur illum inuestire, seu inuestituram renouare.

Respondeo ex communi & vera distinctione: aut feudum est nouum, aut antiquum est. In feudo † no- 3
uo frater non succedit fratri, sed fratre mortuo feu-

dum reuertitur ad dominum, *cap.1.de feudi successio. c.1. de feudo Marchia.*

4 In antiquo autem feudo † omnes ex latere descédentes, in infinitum succedunt. *c.1. de natura successionis feudi.* vel vsque ad septimum gradum iuxta distinctionem Andr. Geil. *lib.2. obser.150.*

Cum itaq; in casu proposito feudum antiquum sit ante sexcentos annos concessum, proculdubio nobilis præsens succedere potuit in portione fratris & sororis defunctæ, ac proinde illi denegari inuestitura non potest, scilicet eo præsupposito, quod iure suo non ceciderit, propter inuestituram in tempore debito & constituto non petitam.

Ad tertiam quæstionem, posito quod Reuerendi Patres teneantur inuestituram renouare dicto nobili, & an teneantur renouare secundum formam antiquarum inuestiturarum, quæ pro masculis factæ sunt, non obstante vltima inuestitura, quæ etiam fœminis concessa est.

Respondeo teneri eos renouationem facere secundum formam antiquarum inuestiturarum, quia tenor primæ inuestituræ inspici & seruari debet, & ab eo sequentes inuestituræ formam accipiunt, quæ

5 proinde renouationes dicuntur: nam prima † inuestitura est radix, & fundamentum omnium sequentium, Bald. *in cap.1. de eo qui sibi vel suis her. d.* Zasius *parte 6. num 23.* Neuizanus *consil.11.num.6.* Bursatus *cons. 142. num.92.lib.2.* D. Cæphalus *consil.657.num.24. lib.5.*

6 Etsi quid in sequentibus inuestituris † mutatum vel innouatum deprehendatur, hoc per errorem factum præsumitur. Alexander *consil.55 num.18. libr.4.* adeo nulli præiudicium infertur per talem mutationem. Baldus *in cap.1. §. vlt. de feudo Guardia.* Decius *cons. 18. num 3 & 193. num.4.*

Et præsertim cum feudum non sit hereditarium, sed pro masculis, & sic ex pacto & prouidentia, quo casu in præiudicium masculorum non potuit mutari, quibus ius ex antiqua inuestitura competit siue nati sint, siue nascituri: late & docte Ludolphus Schraderus *parte 5. capit 2. post numer. 42.* quare non possunt Reuerendi Patres renouationem concedere, nec debent in personam fœminarum, sed masculorum tantum, non obstante illa inuestitura vnica, quæ pro fœminis est data, nam id præsumitur per errorem factum, & debet error emendari, & seruari tenor & forma antiquarum inuestiturarum, cum mutari non posit.

Quarta quæstio est, an dictus nobilis teneatur aliquid soluere Reuerendis Patribus pro petita renouatione. Et an illud accipere patres possint saluis suis iuribus.

Respondeo, de iure quidem nihil exigi posse pro

7 renouatione † inuestituræ, vt docent Baldus *in capit. quæ in Ecclesiarum de constitut.* Iacobinus à Sancto Georgio *in inuestitura feudali in verbo, qui quidem inuestiti. numer.58.* Alexander *consil.5 numer. libr.5.* Curtius Iunior *de feudis. parte 4. numer.154* & alii quos refert & sequitur Dn. Schraderus *parte sexta. capit. 3. numer.24.*

Veruntamen consuetudo prouinciæ in hoc sequenda erit: quia si alias solitum est aliquid solui pro inuestituræ renouatione, poterunt etiam Reuerendi Patres exigere: præsertim vero, cum nobilis iste aliquod iustum laudemium paratus sit præstare ac soluere.

Verum quod attinet ad alterum caput quæstionis, an Reuerendi Patres possint illud accipere *saluis iuribus suis*, hoc est, saluo iure caducitatis, ita vt accipiendo laudemium pro renouatione inuestituræ sibi non præiudicent, quo minus ad caducitatem & priuationem feudi possint agere: respondeo omissa disputatione quæ posset institui, id de iure fieri non

8 posse, quoniam actus † renouationis repugnat protestationi siue reseruationi iurium, & sic est protestatio contraria facto, quæ nihil releuat. Quare non obstante accipiendo laudemium pro renouatione inuestituræ non poterunt agere ad priuationem feudi, licet sibi reseruent iura sua, & recipiant laudemium cum dicta protestatione.

Et ita in terminis tradunt Baldus *in cap. quæ in Ecclesiarum. num. 33. de constitut.* Iason *in l. 2. num.1. C. de iure emphyteut.* Schraderus *dict. parte 6 capit.3 numer.35 & 37.*

Itaque non consulo Reuerendis Patribus vt dicto nobili renouationem inuestituræ tradant cum dicta protestatione & reseruatione, sed prius quam tradant, consultius puto, vt causa cognita decidatur an ille ceciderit iure suo necne, propter non petitam in tempore renouationem.

Quinta quæstio est, an dictus nobilis teneatur indicare pertinentia dicti feudi, & qua actione ad id compelli possit?

Respondeo teneri, cum iustam causæ ignorantiam allegare nequeat, imo præsumatur scire † cum 9
penes se libros habeat, in quibus continentur dicta pertinentia, ita Gloss. docuit *in l. 2. verb. iurata Codic. quando & quibus quarta pars. libr. 10.* & idem docent Zasius *parte 7. numer.5.* Natta *consil.3.* Curtius Iunior *consil.140. num.10. & 158. num.3. & in tractat. feudor. in 2. parte 1 partis quæst 6* Schraderus alios citans *parte 6. cap.6. num.113* & post eum Menochius *de præsumpt. lib. 3. præsumptione 91. num.47* late Modern *in consuet Parisiensi parte 1. §.1. titul 1.* ad quem & alios se refert Geil. *libr.1. obseru 69. num.*

Et isti omnes dicunt si vasallus non ostendat Domino petenti, quæ sint bona feudalia, tunc omnia bona quæ possidet præsumi feudalia esse, &c.

Potest autem ad id compelli per iudicis officium, *argumen l. vbicunque. ff. de interrog. actio.* & quod receptum est † editionem officio iudicis peti debere, vt 10
concludunt Bartolus, Baldus, Aretinus Ripa, Corneus & Alciatus *in l. 1. C. de edendo.* & cum † actionis 11
nomen in libello exprimendum non sit, *l. vlt. Cod. de formulis sublatis.* nō est quod valde sollicitus sim, quæ actio competat, dummodo sciamus competere ius compellendi vasallum ad hæc indicanda: quia in libello semper adiicitur clausula salutaris, per quam actor petit in ea re sibi ius & iustitiam ministrari. Sic autem iustitia postulat, vt vasallus edat continentia feudi, & sic pertinentia, alioqui si non velit edere, nec iustam habeat excusationem, sicut in casu nostro non habet, tunc omnia quæ habet & possidet feudalia esse præsumuntur, secundum communem sententiam Doctorum, quos superius adduxi.

Iudices autem in hac re erunt pares curiæ: sicuti probatur ex traditis per Iasonem *in prælud. in feudorum. numer.51.* & Schraderum *parte 10. sectione 17. numer.87.* Isti compellent nobilem vasallum ad pertinentia feudi edenda, vel forsasse agendum erit apud Regimen Principis Serenissimi, sicut in aliis causis feudalibus inter Dominum & vasallum vertentibus moris est in Bauaria: puto enim eas agi non apud pares curiæ, sed apud Principis Consiliarios & Regimina.

Sexta

Sexta quæstio est, an & decimæ supradictæ præsumantur esse feudales, donec contrarium probetur?

Existimo præsumi feudales: Primo, quia earum catalogus continetur in libris feudalibus monasterii, vt in facto supponitur verum.

12 Res enim † registrata in cathastro & registro bonorum feudalium, præsumitur feudalis. Menochius late citans alios, *de præsumpt. libr. 3. præsumption. 91. numer. 42.*

Secundo, quia antecessoribus huius nobilis dictæ decimæ fuerunt in feudum datæ, vt in facto etiam supponitur, res autem olim concessa in feudum præsumitur feudalis, vt docet Menoch. *loco proxime citato. num. 46 & num. 59.*

Tertio, quia nobilis prædictus nulla alia ibi bona
13 possidet præter feudalia: ergo † præsumendum est, & has decimas feudales esse, sicut cætera bona sunt à nobili possessa, ne vna & eadem res diuerso iure censeatur. Zasius *cons. 2. nu. 12. libr. 1.* Menoch. alios citans *vbi supra. num. 52. 53.*

Septima quæstio est, an dictus nobilis ius præsentandi amiserit propter pacta non seruata?

Respondeo amisisse secundum ea, quæ proponuntur: quia sic conuentum extitit, vt in facto proponitur. Sic & iure constitutum & receptum est feu-
14 dum † amitti propter pacta non seruata, *capit. 1 §. sed non est alia. quæ fuerit prima caus. benef. amit. facit l. vlt. C. de reuocand. donation.* & tradunt in specie Albert. Brunus *consi. 41. numer. 19. 20. 21.* Ripa *in d. l. vlt. num. 101. Cod. de reuocand. donat.*

15 Et hoc procedit, licet pacta † non fuerint stipulatione vallata, vt post Ripam, *vbi supra. numer 104.* declarat Ludolphus Schraderus *parte 9. capit. 9. num. 4.* vbi aliquot exceptiones adfert, quas non puto in præsenti casu militare.

Prima, quando vasallus iuste fuit impeditus, ne pacta seruaret.

Secunda, quando est pupillus.

Tertia, quando ignorauit pacta.

Quarta, quando vasallus vult pacta implere & moram purgare.

Quinta, quando Dominus prius non impleuerat promissa.

Nullam puto ex iis causis adferri posse pro excusatione dicti nobilis, quo minus ius patronatus amittat. Nec enim excusari potest eo nomine, quod posthac adimplere paratus sit, quia iam pœna commissa est, propter præteritas contrauentiones & inobscurationes: ac proinde ius patronatus amisit.

Octaua quæstio est, an quia dictus nobilis male tractat subditos, ob eam causam priuari possit, & quid agendum sit Reuerendis Patribus?

Respondeo, hanc esse iustissimam causam amis-
16 sionis feudi; cum vasallus male † tractat subditos feudi, *capit. ad Apostolicæ. § præter hæc. de sentent. & re iudic. libr. 6.* & est communis omnium sententia, Boerius *decision. 55. numer. 6.* Curtius Iunior *cons. 137. numer. 4.* Menochius *de recuper. poss. remed. 10. nu. 86. & de arbitr. iudicum. casu 78. nu. 4.* Schraderus *parte 9. cap. 6. num. 61.*

Sed requiritur bina vel trina admonitio Domini, vt feudo priuari possit: Sicut probatur *capit. Fridericus. §. quicunque aduocatiam. de pace tenenda & eius violatoribus* & tradit ex communi sententia Schraderus *vbi supra. num. 67.*

Hoc ergo agendum erit Reuerendis Patribus, vt moneant illum nobilem semel, atque iterum & tertio, vt bene tractet subditos suos, si post has admonitiones male adhuc tractauerit & perseuerauerit in sua negligentia vel malitia, feudo priuari poterit.

Nona quæstio est, quid Reuerendis Patribus de iure faciendum sit circa ministri moderni tam male se gerentis remotionem.

Respondeo, apud ordinarium rem esse deferendam, vt ipse prospiciat & amoueat illum ministrum: & quia iam priuasse illum dicitur, vt de facto eum expellat.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro eisdem.

ARGVMENTVM CONSILII XX.

Agitur de antiqua consuetudine seruanda circa decimas exigendas: & alia quædam tractantur.

SVMMARIA.

1 *Seruanda est antiqua consuetudo in censibus exigendis.*
2 *Necnon in decimis exigendis.*
3 *Et in laudemiis.*
4 *Et libertas nihil soluendi præscribitur.*
5 *Actio omnis tollitur spacio quadraginta annorum contra ecclesiam.*
6 *Debitor quando ire debet ad domum creditoris.*
7 *Ea quæ sunt facultatis non præscribuntur.*
8 *Solutio vbi sit facienda.*
9 *Successores non possunt præscribere, quæ antecessores non potuerunt.*
10 *Malam fidem habere dicitur, qui contra iura mercatur.*
11 *Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus.*
12 *Ecclesia restituitur aduersus præscriptionem intra quadriennium.*
13 *Fallit ibid.*

Christi nomine inuocato.

QVod attinet ad primam quæstionem, an Reuerendi Patres possint in futurum petere id, quod in literis continetur, & alioqui debetur iis qui habent talia iura ex iure vel consuetudine Bauarica non obstante dictorum 60. annorum vsu & consuetudine.

Respondeo, cum lapsi fuerint, non solum anni quadraginta, qui ad res Ecclesiæ præscribendas iure constituti sunt, verum etiam quadriennium, quod competit ecclesiæ pro in integrum restitutione petenda aduersus præscriptionem. (Proponitur enim sexaginta annorum præscriptio) nec mihi constet de mala fide hominum dicti loci, nõ puto Reuerendis Patribus competere ius exigendi & petendi amplius, quam hactenus solutum sit.

Et moueor primo *ex l. cum satis. versic. caueant. C. de agricolis & censit. libr. 11.* vbi dicitur seruandam † esse veterem consuetudinem in censibus soluendis. 1

Secundo moueor, quia & in decimis † exigendis consuetudo antiqua obseruari debet, *cap. in aliquibus. c. commissum. c. cum sint. capit. dilecti. de decimis* & respon- 2

 ditSo-

dit Socinus Senior late *in consil.* 145. *libr.* 1. *&* 297. *col.* 2. *versic. tertio ista conclusio. libr.* 2. Balbus *de præscriptionibus* 4 *parte principali. quæst.* 7. *num.* 9. Alba. *cons.* 67. *num.* 9. Hippol. Rimin. *cons.* 36. *lib.* 1.

Tertio ex iis quæ tradit Alexand. *consil.* 5. *libr.* 5. vbi concludit, spacio quadraginta annorũ non præscribi
3 ius † soluendi minorem quantitatem pro laudemio rerum feudalium, quæ de iure deberetur Ecclesiæ.

Postremo moueor, quia tali tempore præscribi
4 potest † ipsa libertas nihil soluendi ratione laudemii, Guido Papę *cons.* 213. *num.* 6. Amadeus de Ponte *quæst. laudemiali* 41.

Ergo idem & de hoc iure videtur respondendum, quia nulla est ratio diuersitatis, cum omnia iura ecclesiastica spacio quadraginta annorum præscribantur, vt notum est.

Secunda quæstio est, an vigore dicti iuris liceat dictis Reuerendis Patribus vindicare hoc quoque ius & potestatem, vt precium taxent carnium, vini, cereuisiæ, & panis; prout alii qui talia iura Epistomii habent, facere consueuerunt: necnon ius prohibendi, ne aliquis artem pistorum vel laniionis, vel cauponæ de nouo exerceat sine licentia eorum, licet à centum fortassis annis nunquam talia fuerint exacta & vindicata ex negligentia Prælatorum monasterii qui contenti fuerunt de facto accipere dictos paucos nummos pro recognitione, nulla super his transactione inter partes secuta.

Respondeo ad hanc quæstionem, cum à centum annis talia iura non fuerint exacta, nullam actionem Reuerendis Patribus competere ad ea exigenda,
5 quia tanto tempore imo longe minori, nempe † spacio quadraginta annorum tollitur omnis actio, *leg. omnes. C de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. c. de quarta de præscript.* videatur Abbas, Panorm. *in consil.* 94. *libr.* 1. *& consil.* 26. *libr.* 2. Paulus Castrensis *consil.* 313. *libr.* 1. Corneus *consil.* 142. *libr* 3. *&* 268. *colum.* 7. *libr.* 4. Parisius *consil.* 25. *num* 26. *lib.* 1. & latissimum Crauet. *consil.* 311 Natta *consil.* 627. *libr.* 3. ex quibus apparebit hanc esse communem & veram omnium sententiam in terminis fere nostris aut certe in simili casu.

Tertia quæstio est: Quia hactenus consueuerunt Prælati dicti monasterii ad ipsum oppidum quotannis, gratia annuos census accipiendi, & eodem contextu inuestiendi & renouandi inuestituras vasallorum, qui feuda tenebant à monasterio, citra tamen vllam prorsus conuentionem factam accedere; an nunc Reuerendi Patres teneantur idem facere: an vero possint eos cogere, vt M. ad feudorum inuestituras accipiendas & alia circa feudalia accipienda eant, iisdemque Oppidanis designare aliquem locum vicinum Oppido, ad recipiendos census annuos, præsertim cum locus vicinus dictis Patribus iam primum acquisitus sit, & monasterium illum nunquam habuerit.

Respondeo ipsos vasallos & oppidanos qui census præstare ac soluere Reuerendis Patribus tenentur, cogi posse ad eundum Monachium, vel ad alium locum Oppido vicinum à Patribus designatum, vt ibi soluant census, quia hæc est communis senten-
6 tia Doctorum, quod debitor † ire debeat ad domum creditoris, & ibi debitum offerre, quando sunt eiusdem fori, vt in casu nostro, hoc est sub eadem ciuitate & territorio, vt docet Bartol. *in l. item illa. ff. de constitut. pecunia. num.* 9 & de emphyteuta loquens Iason post Albericum & alios ab eo citatos; idem late docet *in leg.* 2. *Cod. de iure emphyt. num.* 92. *cum sequentib. quæstion.* 37. *& sequentib. vsque ad quæstionem* 42.

Multo magis ergo compelli poterunt Oppidani ad soluendum census in loco vicino ipsi Oppido à Patribus designato.

Pro inuestituris autem obtinendis siue renouationibus inuestiturarum dubium non est, quin vasallus teneatur Dominum conuenire in loco vbi est, & hæc ab eo petere, vel in loco quem Dominus destinauerit, nisi sit locus suspectus, inimicus, pestilens, & talis, vt commode ire vasallus ad eum non possit, & hoc est, quod dicitur inuestituræ renouationem peti debere loco congruo & tempore Zasius *de feudis. parte* 7. *num.* 5.

Nec obstat quod longissimo tempore aliter obseruatum sit per Monasterii Prælatos, quia miserunt ad Oppidum, nam hoc sponte fecerunt, cum non cogerentur facere, nec id fecerunt ex pacto vel conuentione vlla, quamobrem ex eo quod hactenus factum est, nullum ius acquisitum fuit Oppidanis.

Hæc enim videntur esse facultatis, cum consistant in libero arbitrio, & propterea † non præscribuntur, 7
quemadmodum Doctores scribunt, si quis longo tempore consueuit aliquem hospitari, vel ire ad alterius molendinum, non propterea cogi potest, si nolit ire vel hospitari, vt olim docuit Innocentius *in capit. cum ecclesia Sutrina. de causa possess. & proprie.* Felinus *in cap. cum M de constitut.* late alios citans Antonius Gabrielius *libr.* 5. *commun. conclus. titul. de præscriptionibus. conclus* 10 *num.* 1. *&* 5.

Tanto magis hæc procedunt cum Reuerend. Patres habeant nunc locum Oppido vicinum, vbi commode Oppidani soluere possunt, quem antea monasterium non habuit. Hæc enim quæstio de loco † vbi solutio sit facienda ex bono & æquo pendet 8
vt dicebat Bartol. *in dict. leg. item illa. ff. de constitut. pecun. numer.* 13. æquitas autem hoc exigit, vt fiat solutio in loco vicino & vtrique parti commodo.

His accedit etiam qualitas & conditio personarum, propter quam debitor ad creditorem ire cogitur, vt per Bartolum *vbi supra. numer.* 13. quia scilicet Reuerendi Patres sunt religiosi & sacerdotes, & consequenter digniores quam Oppidani, quare hac in re omnino æquum est, vt Oppidani eorum voluntatem sequantur & commodum.

Quarta quæstio: Cum in literis conuentionis cautum sit, vt Abbas Monasterii solus possit de bonis feudalibus deuolutis disponere, pro libitu: Si vero feudalia bona vendantur vel permutentur intra limites Oppidi posita, tunc contractus confirmari debeat, sigillo tam Oppidanorum quam Abbatis.

Nunc vero à sexaginta annis sæpe factum sit, vt etiam de bonis extra limites positis, contractus celebratos, de feudalibus bonis ambo sigillo confirmauerint, hoc est, Abbas & Oppidani: Quæritur, an de iure teneantur Patres nunc idem facere & permittere, vt fiat, cum id conuentioni supradictæ, & iuri Bauarico repugnet: præsertim cum bona feudalia sint in Principis territorio.

Respondeo Reuerendos Patres non teneri posthac id permittere, vt fiat, vel facere, quia est contra conuentionẽ expresse initã, & contra ius Bauaricum: & con-

& consequenter nullum & iniquum est. Licet enim id à 60. annis circiter factum sit, tamen neq; consuetudinem iustam neq; præscriptioné induxit propter malam fidem & iniustam causam, quę mala fides impedit præscriptionem, vt notum est, *ex cap. vlt. de præscript.* Et talis consuetudo dicitur corruptela, *cap vlt. de consuetud.* nec enim rationabilis est & legitime prę-scripta, & ideo iuri positiuo derogare non potest, vt dicitur *in d. c. vlt. de consuetud.*

Nec oppidanos excusat ignorantia talis conuentionis, quia successerunt in locum eorum qui scierunt: quo casu non possunt præscribere, sicut † nec eorum antecessores potuerunt, ex tradit. per Corneum *consil 22. numer. 12. libr* 1. Parisius *in cons. 27. num.* 106 *lib.* 1 *&* 104. *nu.* 133. *eod.*

9

Imo fuerunt in continua mala fide, qui contra iura Bauarica talia fecerunt, is enim est in mala † fide, qui contra iura mercatur. *leg quemadmodum. Codic. de agricolis & censitu. libr. vndecim capit. qui contra. de regul. iur. libr.* 6.

10

Nec ignorantiam iuris Bauaricę possunt allegare, *leg. constitutiones. Codic. de iuris & fact. ignorant.* aut est iusta excusationis causa, *leg. iuris ignorantia. ff. eodem.*

Nec denique iuris ignorantia eos iuuare ad præ-scriptionem potuit, quia † iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus. *l.* 7. *ff de iuris & fact. ignor.* nec ad vsucapionem. *l.* 4 *ff. eod l. nunquam.* 31. *ff de vsucapionibus.*

11

Quinta quæstio: an quædam bona quæ feudalia esse constat ex libris ecclesiæ vindicari possint à Domino directo, licet vendita fuerint cum sigillo Oppidanorum ante annos quadraginta, pro allodialibus, cum non haberent ius sigillandi super bonis extra limites territorii positis, vt supra dictum est.

Puto vindicari posse, si constat ea esse feudalia: Etsi enim possessores, qui precium numerarunt, & proinde titulum iustum consecuti sunt, ignorantes, ea esse feudalia (prout est in dubio præsumendum) potuerint spacio annorum quadraginta ea præscribere, quia spacio quadraginta annorum, bona ecclesiastica præscribuntur, *c. ad aures. c. illud. c. quia indicante. de præscript.*

Tamen nondum lapsum est quadriennium, quod ecclesiæ aduersus præscriptionem competit. Etenim ecclesia iure vtitur minoris. *capit.* 1. *de in integr. restitut.* & ideo habet † tempus quadriennii ad petendam in integrum restitutionem vbicunque læsa est. *capit.* 1. *eodem titul. libr.* 6. late Sfortia Oddus *de restitution. in integrum. quæstion. tertia. articul. quarto. in prima parte.*

12

Et quod restituatur ecclesia aduersus quadraginta annorum præscriptionem communis est sententia, late id confirmat idem Oddus *in* 2. *part. quæstion.* 90. *articul.* 3.

Sexta quæstio: cum ex literis reuersalibus appareat communitatem Oppidi supradicti in feudum habuisse à dicto monasterio syluam & pratum ad pascenda pecora & animalia, & etiam Lateriniam, ea lege, vt quoties lateres conficerent tenerentur aliquid præstare, & simul quoque priuatum hominem offerre pro recognitione feudi, & neutrum fecerint ab annis 40. an propterea iure suo ceciderint, vel saltem hoc facere teneantur, sicut constat olim eos fecisse.

Respondeo communitaté quidem ob talia pacta non seruata iure suo cecidisse, sed quia iam lapsi sunt 40. anni, nec vnquam monasterium egit ad pœnam priuationis, dico actionem istam præscriptione tanti temporis sublatam esse, quod procedit, licet communitas fuerit in mala fide, quia hæc priuatio est mera pœna, & à mera pœna quis excluditur lapsu longissimi temporis licet aduersarius sit in mala fide. Nec locus est in integrum restitutioni aduersus talem præscriptionem, licet minor sit 25 annis, aduersus quem præscribitur. Ista † omnia probantur late 13 & docte citatis auctoribus à Ludolpho Schradero *in* 2. *parte nonæ partis principalis, sectione* 14. *num.* 15. 16. 17. 18. 19. 20.

Existimo tamen dictam communitatem cogi posse in posterum, vt hæc præstet, quia licet præstationes præteritas præscripsisse videatur, non tamen futuras præscripsit, sicut decisum est apud Antonium Tessaurum *decis. Pedemont.* 114.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro iisdem Reuerendis Patribus.

ARGVMENTVM CONSILII XXI.

Aliæ quæstiones feudales.

SVMMARIA.

1 *Vasallus cadit à iure feudali, si non fecit debitam recognitionem Domino suo.*
2 *Alienari non potest feudum sine licentia Domini.*
3 *Subinfeudare tamen potest vasallus absque consensu Domini.*
4 *Vasallus male tractans subditos feudum amittit.*
5 *Sed monitio requiritur.*
6 *Fides data æquiparatur iuramento.*
7 *Iuramentum non constituit in mora absque interpellatione.*
8 *Vasallus tenetur præstare quæ sunt de natura feudi.*
9 *Quæ sunt contra libertatem ecclesiasticam, non sunt toleranda.*

Christi nomine inuocato.

QVod attinet ad primam quęstionem, respondeo si illud ius aduocatiæ in feudum datum est, Dominam illam ob recognitionem non factam, & fidelitatem non præstitam, iure suo † cecidisse, quia sic 1 expresse constitutum est iure feudali, *c.* 1. *quæ fuerit prima causa benef. amitten. c.* 1. *quo temp. miles* & alibi, vt dixi in prima quæstione prioris consultationis. Vide Schrader. *par.* 1. 9. *c.* 1 *in princip.*

Erit igitur videndum in facto ex libris monasterii & antiquis inuestituris, an ius aduocatiæ in feudum datum fuerit, & si ita est, vt puto, & ex narratis in themate supponitur, non dubito, quin Domina illa iure suo ceciderit.

Secunda quæstio, an iure suo ceciderit ex eo, quod sine consensu Domini sui directi omnes portiones feudi sola obtineat atq; possideat.

Respondeo, cum ista Domina non obtinuerit portiones feudi, aliarum sororum suarum cum consensu Domini, hinc necessario colligi, vel quod propria auctoritate occupauerit, & sibi omnia vsurpauerit, vel quod aliarum portiones emerit, aut aliquo alio titulo singulari vel vniuersali acquisiuerit.

Si de facto occupauit, totum ius sine consensu Domini, sine debita inuestitura, seu renouatione, sine

sine dubio iniuste fecit, & merito expelli poterit, eritque integrum Reuerendis Patribus actione in- sti tuta coram competenti iudice, feudum hic vindicare, tanquam temere occupatum & iniuste, non præcedente legitima inuestitura & renouatione, & in eo iudicio procul dubio obtinebunt, nisi aduersaria ostenderit, se non iniuste, non de facto occupasse, sed iustas aliquas ob causas, quod sane vix credo eam ostensuram esse, supposito, quod sine consensu Domini totum ius feudi hoc modo occupet & detineat.

Hæc est enim iusta causa, vt sæpe dixi amissionis feudi, cum inuestitura à Domino legitimo tempore petita non est, *cap. 1. quæ fuerit prima causa benefic. amittend. cap. 1. quo tempore miles. capit. 1. de capit. Corradi & ali bi.*

Si vero dicta nobilis Domina ex titulo aliquo particulari puta emptionis vel donationis, vel vniuersali puta successionis in hereditate dicat, se totum hoc feudum possidere, & ex iis causis, vel altera earum ad eam legitime peruenisse, tunc inprimis hoc probare debet, deinde eam probare oportet feudum in eum translatum fuisse cum consensu Domini.

2 Nam sine consensu † Domini alienatio facta nullius est momenti, & feudum Domino aperit in pœnam, *vt in capit. Imperiale. de prohib. feud. alien. per Fridericum.*

Scio vasallo permissum esse feudum suum alteri
3 concedere † in feudum, etiam Domini non accedente voluntate, vt late docet Schradetus *parte 8 capit. 2. num 10.* & aliquos esse casus in quibus feudum sine consensu Domini requiri potest, vel titulo diuisionis, vel alio titulo, vt ibi late Schraderus explicat. Quare, nisi aduersaria ostenderit, se talem titulum habere, qui de iure sit permissus, absque Domini voluntate ac à regula iuris exceptus, quæ Domini consensum requirit, pronunciandum erit contra ipsam Dominam, & feudum ei auferendum tanquam deuolutum & apertum Dominis directis, ob alienationes factas sine consensu eorum, & ob non petitas inuestituras. Et ita mihi videtur.

Tertia quæstio: Cum in literis inuestituræ hoc contineatur, vt subditi non grauentur, nimiis operibus [illegible], & aliis oneribus, etiam pluries [illegible] conquesti sint, coram Regimine Landishutano [illegible], quod nimium fuerint grauati per dictam Dominam. & male tractari, & quandoque iniuste mulctati, an ob has causas iure suo ceciderit. Præsertim cum literæ conuentionis & inuestituræ sint fidelitatis promissione, quæ vim iuramenti habere putatur, corroboratæ.

Respondeo, vt alias dixi, hanc esse vnam ex iustis
4 causis priuandi vasallum feudo, & illud ei † auferendi, si male subditos tractet. *cap. ad apostolicæ. de sentent. & re iudic.* Boetius *decision. 55. numer. 6* Menochius *de recup. et poss. remed. 10. numer. 86.* Schraderus *parte 9. cap. 6. num. 61.*

Verum requiritur admonitio, vt & alias dixi: Ita-
5 que si Dominus † semel atque iterum vasallum admonuerit, & is non desinat male tractare subditos suos, amittit feudum, *capit. Fridericus. §. quicunque. de pace tenenda & eius violatoribus.* vbi text. dicit *quicunque ad [illegible] suam, vel aliquod aliud beneficium inordinate tractauerit, & à Domino suo admonitus non resipuerit, & in sua perdurans insolentia, ordine iudiciario tam aduocatia quam beneficio exutus fuerit, &c.* & hæc est communis sententia, vt per Schraderum, *vbi supr. nu. 67.*

Non obstat si dicatur admonitionem non esse necessariam hoc in casu, propter fidem datam, quæ vim † iuramenti habet. Nam valde dubia est eorum 6 opinio, qui dixerunt, fidem datam iuramenti vim habere, vt dixi *lib. 1. controuers. cap. 12.*

Sed dato quod vera esset, tamen non puto iuramentum in † mora constituere, absque interpella- 7 tione, vt dixi *libr. 3. controuers. cap. 95.*

Quare tutius est admonitionem fieri, iurisque regulam & communem sententiam sequi, quam dubias interpretum traditiones ac disputationes. Regula autem & communis Doctorum sententia admonitionem requirit, *vt dixi*, ad hoc, vt vasallus feudo priuari possit ob malam subditorum tractationem.

Quarta quæstio est, an, dato, quod non ceciderit, teneatur per idoneum virum recognoscere Reuerendos Patres Societatis, eisque fidelitatis iuramentum præstare, & alia facere, quæ de iure tenetur.

Respondeo teneri, & hoc indubitati iuris esse, sicut alii vasalli tenentur, nec enim puto feudum hoc francum esse & liberum, ab omni obligatione, quare nihil proponi video, cur † vasallus ea præstare 8 non teneatur, quæ alias præstant cæteri vasalli, secundum feudales leges, & feudi naturam, quæ late Zasius explicat *in epitome de feudis. parte 7.*

Quinta quæstio est, cum & sacerdos villæ, vigore dictæ iuris aduocatiæ, etiam ipse ad præstandas operas nobili, cui concessum est feudum, addictus sit.

Quæritur, an id amplius tolerandum sit, an recusandum, tanquam onus Canonibus & Ecclesiasticæ libertati repugnans: Præsertim, cum Dominus directus, hoc est, Reuerend. Patres ipsi Societatis, ius habeant præsentandi sacerdotem, & exercendi [illegible] officium ipsum parochi: Et vix reperiantur parochiani, propter dicta onera nimis grauia.

Respondeo, hoc esse contra libertatē Ecclesiasticam, & amplius † non tolerandum neque permit- 9 tendum fore. *Authent. cassa & irrita. Cod. de sacrosanct. eccles. cap. nouerint. cap. grauem. de sentent. excommunic. cap. non minus. cap. aduersus. de immun. eccles. cap. eos eod. tit. lib. 6. cap. quanquam. de censibus. lib. 6. clement. præsenti. eodem titul.* quam materiam nullus melius explicat ex nostris, quam Lapus, *allegatione 92. & ibi.* Quintilianus Mandosius *in additionibus.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Dn. Bartholomæo Stanzapffio V. I. D. & Nob. Germano.

ARGVMENTVM CONSILII XXII.

De cautione præstanda debitori à creditore debitum exigente.

SVMMARIA.

1 *Casus aliquot esse, in quibus creditor exigens debitum præstare teneatur debitori suo cautionem de indemnitate, & ibi primus casus ponitur.*

2 *Recensetur secundus casus.*

3 *Conueniri quis potest in loco ratione originis domicilii & destinatæ solutionis.*
4 *Protestatio inhibitoria, vt valeat quæ requirantur.*
5 *Protestationi inhibitoriæ debitori factæ mandato iudicis ne soluat, parendum.*
6 *Præceptum in casu isto fieri debet à iudice competenti.*
7 *Dominus ratione feudi non potest debitori præcipere extra causam feudi.*
8 *Princips de facto præcipienti obediens quando excusatur.*
9 *Debitorem debitoris sui creditor exigere non potest nisi excusso principali debitore.*
10 *Iusta causa in Principe non præsumitur vbi agitur de præiudicio tertii.*
11 *Protestationi inhibitoriæ nullam causam continenti parere non est necesse.*
12 *Debitor non debet soluere alteri quam creditori suo.*
13 *Debitor liberatur soluendo Principi & superiori.*
14 *Sed quæ tunc requirantur.*
15 *Et præceptum superioris quale esse debeat.*
16 *Et debet debitor facere quantum potest ne soluat.*

Diuino auxilio humiliter implorato.

PRoponitur ex facto Nobilem & Magnificum virum V. I. D. D. Bartholomæum Saurzapff, apud amplissimum N. Senatum instituisse per supplicem libellum, vt Dominum Baumgardnerum condemnaret & cogeret ad solutionem precii quod ex contractu emptionis debet eidem D. Saurzapff, nimirum florenorum 18500. Dominum autem reum conuentum fassum fuisse debitum, nec forum N. declinasse: sed quo minus is pactis côuentis satisfaciat, impedire iussum superioris, hoc est, quoddam præceptum Illustrissimi Principis P. O. H.

Replicasse autem D. Actorem: tria coniunctim requiri, vt superioris iussus excuset debitorem. Primo, vt superior sit talis qui metum inferre possit: secundo, vt præceptum ipsius sit pœnale, graue & iteratû. Tertio, vt debitor omnem diligentiam adhibeat antequam soluat. Horum neutrû hoc in casu interuenisse. Non enim Illustriss. Principem illum talem fuisse qui metum ei incutere posset, cum eius subditus non esset, præsertim eo tempore quo primum præceptum de soluendis 4000. florenor. ei factum fuit. Secundo præceptum non fuisse pœnale. Tertio nec eum propterea diligentiam aliquam adhibuisse ne solueret.

His ita actis & lite iam pendente Illustriss. P. Princeps supradictus, dicto reo conuento præcepit & fecit sub pœna 500. floren. & amissionis gratiæ ne alibi residuum precii, hoc est, flor. 8500. solueret quam in suæ Celsit. Cancellaria Sulzbachi. Hocq; præceptum 23. Maii & 30. Iunii reiterauit.

Scripsit etiam eidê D. Saurzapff, actori eique præcepit sub pœna 500. floren. ne emptorem amplius N. sed coram S. Cels côueniret. Cum enim propter rem quæ in ipsius territorio sita est, hæc pecunia ipsi debeatur litê esse realem in qua Celsitudo sua sit iudex competens. Similia etiam scripsit amplissimo Senatu. N. & causam ad se auocauit.

Respondit D. Saurzapff, se Celsitud. suæ vlte ius nulla fidelitatis obligatione obstrictû esse nisi ratione quorundam feudorum, quæ fidelitas eam Celsit. suæ non tribuit iurisdictionem ac potestatem, vt ipsi præcipere possit, ne ius suum in locis congruis prosequatur. Fuisse se quidem olim subditum suæ Celsit. verum cum domicilium alio transtulerit & bona in Cels. suæ territorio sita venditioni amplius obstrictû se nequaquam esse; Actionem quam instituerit non esse realê sed personalem, non enim se persequi rem, sed agere contra personam, vt ab ea præstetur sibi id quod ex obligatione debetur. Huius actionis competentem iudicem esse, iudicem originis, domicilii, & loci destinatæ solutionis, quæ in Senatu N. concurrerent.

Die 22. Iunii Senatus N. ita pronunciauit. In causa D. Bartholomæi Saurzapffii, contra Balthasarem Baumgardnerum côcernente solutionem precii vêditi castri Hollenstein domino Saurzapff, præcepti pœnalis in Principe P. domino Baumgardnero facti & periculi quod Baumgardnero si non paruerit contingere posset bene admonendus erit, & simul ab eo intelligatur nu emptori si residuam precii summam numerarit cautionem de indemnitate siue de conseruando debitore indemni præstare velit, quo casu iniungetur seuere Baumgardnero, vt residuum precii N. numeret.

Hanc cautionem de indemnitate Do. Saurzapff, præstare recusauit allegans se non teneri.

Fertur itaque die 15. Iulii sententia huius tenoris. Cum D. Bartholomæus Saurzapff, iurium Doctor supplicauerit & petierit, vt amplissimus Senatus suo cocui Balthasari Baumgardnero solutionem 18500. floren. residui precii pro vendito castro Hollenstein vna cum interesse, damnis & expensis faciendam seuere præcipiat, cum oblatione si omnibus & singulis qui ius aut actionem ad venditum castrum prætenderent satisfactionum, & Baumgardnero omnia documenta, literas & alia ad dictum castrum pertinêtia traditurum. Mandamus, vt domino Saurzapffio nomine amplissimi Senatus significetur, scire illum quod elapsis diebus illi dictum fuerit, si Baumgardnero cautionem de indemnitate præstiterit amplissimum Senatû solutionem precii debitori seuere iniuncturum. Cum vero hanc præstare recusauerit, & Dn P. Baumgardnero etiam comminata pœna sæpius præceperit & mandauerit, vt dictum precium Solisbachi numeraret, se quo minus id faceret prohibere non potuisse. Actor igitur quid sibi facto opus putauerit locis congruis hoc faceret, & ius suum proponeret Ab hac sententia D. Saurzapffius ad Cameram Imperialem appellauit.

Quæritur nunc, an iuste appellauerit nec ne, an vero recte fuerit ab amplis. Senatu N. pronunciatum.

Et mihi videtur male pronunciatum fuisse per amplissimum Senatum, & bene appellatum per D. Saurzapffium, propterea ꝙ grauatus fuerit duplici ex capite: primo respectu dictæ cautionis iniunctæ, q̃ præstare non tenebatur, secundo respectu quâtitatis petitæ. Nam cum in libello petierit reum condemnari ad summam 18500. flor. ei vere debitam Senatus pronunciauit, si cautionem actor de conseruando indemni debitore pstiterit, se condemnaturum eû in 8500. flor. ex quo inferri potest Senatum tacite sensisse solutionem à reo conuento alias, vt asseritur factam in Cancellaria Illustr. Principis P. recte factam fuisse, ac proinde respectu dictæ quantitatis ibi solutæ, liberatum fuisse dictum debitorem, ꝙ omni iuri & æquitati repugnat.

Dicam prius de cautione. Deinde de hoc grauamine respectu quantitatis 8500. flor.

Quod ad cautionem attinet, ideo grauatus est D. Saurzapffius, quia iuste recusauit se eam cautionem præstare, cum non teneretur eam præstare, ac ꝓinde

non debuit senatus ob recusationem illam cautio-
nis præstandæ ita pronunciare, sicut postea pronun-
ciauit die 15. Iulii.

Non fuisse de iure obligatum dictum Dom. Saur-
zapffium ad eam præstandam cautionem, manife-
stum mihi videtur.

1 Nam ex iure nostro tres casus inuenio † in quibus
creditor tenetur huiusmodi cautionem de indemni-
tate præstare debitori suo, & quartus casus est in quo
non tenetur, qui re vera noster casus est, & præcise
versamur in eo, non autem in aliquo ex tribus illis
casibus in quibus cautio præstanda est.

Primus casus est *in l. is a quo. ff. de rei vind. & in l. pe-
nult. ff. de petitio. heredi.* Cum scilicet reus à pluribus
conuenitur de eadem re, tunc enim iudex ita rem
priori petitori adiudicare debet, vt caueat reo con-
uento ac possessori de indemnitate propter alterum
petitorem, ne duplex damnum traliat, vt habetur in
dictis legibus.

Iste non est casus noster, quia Illustrissimus P. non
conuenit in iudicio apud amplissimum Senatum D.
Baumgardnerum tanquam creditor eiusdem summæ
pecuniarum, allegans sibi deberi & soluendam esse,
& hoc non puto quenquam negaturum, quia Illu-
strifs. Princeps hoc petiit ne solueret N. sed Solisba-
chi in Cancellaria suæ Celsitudinis. Itaque non ver-
samur in duobus petitoribus eiusdem rei in quibus
terminis loquuntur dictæ leges, sed in casu longe di-
uerso in quo cautio præstanda non est, vt inferius di-
cam in casu quarto.

Secundus casus est quando fit aliqua protestatio
2 inhibitoria † debitori ne soluat pecuniam debitam
creditori suo, & fit huiusmodi protestatio & inhibi-
tio ab aliquo tertio ex causa vera, quæ allegatur &
ostenditur per instrumenta vel testes & tunc debitor
parere tenetur eiusmodi protestationi, nisi creditor
præstet ei cautionem de indemnitate.

Probatur hæc doctrina quātum ad hoc quod cau-
sa alleganda sit vera & iusta & etiam probanda *ex l.
nomē. C. quæ res pignori obligari possunt.* ibi, *certiorari debet.*
quem text. ad hoc allegat Bart *in l. non solum. §. morte.
num. 35 ff. de ope. no. nunc.* & Ripa *in c. cum M. Ferrarensis.
num.* 158.

Quod vero cautione præstita de indemnitate à
creditore, debitor parere teneatur huic protestatio-
ni probatur *argum. d. l. is à quo. ff de rei vind* Si enim cau-
tio præstita facit, vt reus à pluribus conuentus in iu-
dicio teneatur priori petitori rem restituere, multo
magis idem operatur cautio de indemnitate vbi ex-
tra iudicium debitori est inhibitio facta ab aliquo
tertio.

Atque ita expressa docent Iason *in l. non solum. §.
morte. num.* 28. *vers. tertia conclus. ff. de op no. nunc.* & Ripa
in d. c. cum M. num. 158. *vers. tertio aduerte. de consilt. vbi et-
iam adducit l. pen. C. depo.* quæ hanc sententiam optime
probat.

In hoc casu nos nequaquam versamur quia Illu-
strifs. D. Princeps P. qui protestationē inhibitoriam
fecit & pœnale præceptum, nullam iustam & veram
causam allegauit.

Nam illa ratio quā ipse allegauit nullius momen-
ti est, videlicet actionem hanc realem esse, quando-
quidem ratione rei positæ in ipsius territorio debi-
tum est constitutum, & ideo se iudicem competen-
tem esse.

Hæc ratio nec vera est, nec vllius sane momenti,
quoniam constat, hic non fuisse quæstionem, de bo-
nis sitis in ipsius territorio ac ditione, hoc est, de pro-
prietate vel possessione eorum, sed de obligatione
personali, emptori ad precium. Non est realis hæc a-
ctio sed personalis, & N. instituenda & persequenda,
quia D. emptor promisit se N. soluturū, quod & non
negauit, nec forum N. declinauit, quia reuera ibi
conueniri potuit † ratione domicilii, originis & de- 3
stinatæ solutionis *l. 2. C. de iurisd. om. iud. l. vlt. C. vbi in rē
actio l. contraxisse. ff. de act. & oblig. l. Titium §. tutores. ff. de
admi. tuto.* Couuar *pract. quæst. c* 10. *n.* 5. Andr. Gail. *lib.* 2.
obser. 36 *num.* 12.

Si dicatur præceptum illud pœnale, ob alias quo-
que fortasse causas factum fuisse ab Illustris. Princi-
pe P.

Respondeo istud nil mouere quia causæ aliæ si ad-
erant iustæ, debuissent allegari & exprimi ac etiam
probari, alioquin protestatio † inhibitoria nihil va- 4
let, vt declarat Bart *in d. §. morte. nu.* 35 Iason *n.* 28. *vers.
secunda conclusio.* Ripa *in d. c. cum M. num.* 152. *vers. secunda
conclusio.* Menoch alios citans *de adipisc. en. poss. ff rem.* 4
num. 930.

Quare cum in præcepto Illustris. P. non fuerint
expresse, nihil valuit dictum præceptum ac inhibitio
debitoris facta ne solueret præsertim creditore op-
ponente se, vt in casu nostro factum est.

Tertius casus est quando protestatio inhibitoria
debitori † ne soluat creditori suo facta est à iudice, 5
seu iudicis mandato, tunc enim parēdum est huius-
modi protestationi, vt per Bart. *in d. § morte nu.* 35 Ia-
son *n* 29. Ripa *in d c. cum M. num* 153. Et consequenter
præstāda est cautio dē indemnitate à creditore debi-
tori suo, si vult pecuniam exigere, iuxta ea quæ dicta
sunt in primo & secundo casu.

Nos nequaq̄ versamur in hac facti specie, quia iu-
dicis mandato nō est facta hæc inhibitio debitori ne
solueret: Iudex enim erat Senatus N. cuius D. Baum-
gardnerus subditus est.

Non est iudex Illustris. D. P. sed pars in hac causa,
quia prætendit solutionem fieri debere Solisbachi p
suo interesse & commodo, & sic partis non autem
iudicis fungitur officio, vel quia putat suæ iurisdi-
ctioni præiudicium fieri, vel ob alias causas, forte vt
pecuniam ipse retineat, sicut alias fecit.

Et ideo in proposito casu Dd. † requirunt, vt præ- 6
ceptum fiat à iudice competenti, Bart. per illum text.
in l vlt. ff. de lege commissa. Ripa *in d. c. cum M. de consil. n.* 153.
Anton. Rubeus *nu.* 387. *in d. §. morte.*

Et ratio est euidentissima, quia vbi iudex incompe-
tēs est loco priuati hominis, cū non habeat vllam iu-
risdictionem & potestatem, sicut nec homines pri-
uati habent latissime, Vantius *de nullitate ex defectu iu-
risdictionis.*

Si dicatur Principem esse qui præceptum fecit, &
ideo debitor excusatur, si non soluat, nisi ei cautio
præstetur.

Respondeo, etsi Princeps sit, non tamen vllam in
debitorem habet potestatem in casu, de quo agitur:
nec potest eum impedire quo minus creditori suo sa-
tisfaciat. Nam vt sæpe dixi, Dn. Baumgardnerus non
est illius subditus, nisi ratione bonorum quæ emit, &
ideo cum non de bonis illis nunc agatur, sed de sol-
uendo debito non potuit † ei præcipere ac mandare 7
ne solueret, *clem. pastoralis. de sent & re iud.* Oldr *cons* 43
Loffred *cons.* 5. *n.* 51. Ludolph. Schrad. *de feudis. part.* 10.
sect. 3 *num* 141.

Non obstat si dicatur D. Baumgardnerum iuste ti-
mere potuisse, ne de facto saltem aliquod periculum
& damnum subiret, ob contemptum illud pœnale
præceptum. Nam respondetur non esse habendam

ratio-

8 rationem huius rei quia dictus Princeps † Romano Imperio subiectus est, & ideo non est talis Princeps qui possit metum incutere, quod in proposito considerant Bart. *in tract. de Tyrannide. q. 7. n. 23.* Affli. *decis.* 150. *n.* 14. Menoch. *de arbitr. iudic. casu* 137. *n.* 17. Anton. Gabr. *comm. conclus. lib. 3. tit. de solut. conclus.* 11. *n.* 2.

Et sane si veritatem amamus mirandum est amplissimum N. Senatum, qui tot doctissimos Consiliarios habet, timuisse aliquod damnum inferri posse subdito suo D. Baumgardnero ratione talis præcepti pœnalis, præfati Illustriss. Principis P.

Aut enim tale præceptum ea ratione nitebatur, quod ipse Senatus N. non esset iudex competens in causa illa vertente inter D. Sautzapfium & Baumgardnerum: & hoc falsum est, quia reuera Senatus fuit iudex competens, ratione originis, domicilii & destinatæ solutionis rei conuenti.

Aut quia dictus Princeps sit creditor D. Sautzapffii, & tunc dato, non tamen concesso, quod ita sit, ei
9 obstat quod non potest debitorem † sui debitoris ita exigere non excusso prius ipso debitore principali *l. non intelligitur. §. multa. ff. de iure fisci.* late declarat M. Anton Peregrin. *de iure fisci lib. 6. tit. 7. nu. 26.* Præterea debitum debet esse liquidum *l. si debitum. C. quando fiscus vel priuatus.* & declarat Peregrin. *vbi supra.*

Aut quia illius bona confiscate voluit ob aliquam causam, & hoc non puto verum esse nec verisimile, nec vlla fit huius rei mentio in literis Illustriss. Dom. Principis P. nec in mandato eius.

Aut denique nititur sola voluntate Principis, quasi sit pro ratione voluntas & legis habeat vigorem; & hæc causa non est iusta, quia Principis mandato iniusto parendū non est *c. cum teneamur. de præben.* Grammatic. *vot. 32. ad fin.* Menoch. *de arbitrar. casu* 265. *in fine.* Quid autem est iniquius quā mandare alicui, ne faciat id quod de iure facere tenetur: ne soluat id quod debet. Non obstat si dicatur causam iustam in dubio
10 præsumendam esse: quia id negatur. Nam cum † agitur de præiudicio tertii non præsumitur iusta causa in Principe rescribente contra ius, vt declarat Alciat. *de præsump. reg. 3. præs.* 8. *n* 4 Menoch. *de arbitr. q.* 9. *n.* 10. latissime idem Menoch. *de præs. lib. 2. præs.* 10. *n.* 52. Andr. Gail. *lib. 2 obser.* 58. *n.* 1. Cum itaque nostra disputatio & consultatio non pertineat ad aliquem ex dictis tribus casibus, in quibus cautio de indemnitate præstanda est debitori à creditore: restat, vt videamus an in quarto casu versemur in quo præstanda cautio non est, sed præceptū seu protestatio inhibitoria debitori facta à quodam tertio contemni potest, & puto certe nostrā facti speciem hanc esse, nā quartus ille casus est, quando nulla causa iusta & vera expressa & probata, aliquis tertius ꝓtestatur debitori, ne soluat id quod soluere tenetur, & tunc communis est reso-
11 lutio Dd. talem protestationē † nullius esse momenti & cōtemni posse ac debere *p l. vtrū. ff. de constit. pecun. l. Papinianus ff. de publiciana* Bart. *in d. l. non solū. §. morte. n.* 34. & 35. *ff. de operis non. nunc.* Ias. *ibid. num.* 28. *vers. secunda conclusio.* & alii recentiores. Ripa *in c. cū M n.* 150. *de constit.* Hic ipsissimus est casus noster, quia Illustris. Princeps sine iusta causa ꝓhibuit emptori ac debitori ne solueret, quia scil. solutio faciēda esset in Cancellaria Solisbachi, quod est falsum quoniam facienda erat N. ex pacto expresso inter cōtrahentes inito. Nō igitur vani timoris vlla erat habenda ratio sed cōdemnandus debitor ad soluendam pecuniā debitā creditori suo. Atque hæc de primo grauamine. Quod attinet ad alterum grauamen respectu qualitatis, illud plane perspicuum est. Nam petebat D. Actor floren. 18500. pro residuo precii. Senatus autem condemnauit debitorem in summa floren. 8500. præstita scilicet à creditore cautione de indemnitate. Hæc sententia continet grauamen manifestum, & patens, quia videtur Senatus ratam habuisse solutionem à debitore alias factā D. Principi P. quasi per eā liberatus fuerit & manserit debitor duntaxat in summa 8500. floren. At hoc iniquum est, quoniam debitor non debet † soluere 12
alteri quam creditori suo & absque consensu ipsius creditoris si soluit, non liberatur à creditore suo *l. inuito. C. de solutio. l. 6. ff. eod. tit. c. eam te. de rescript.* Nec in alio loco quam in eo vbi destinata solutio est, *l. 10. ff. de eo quod certo loco l. 9. C. de solu* & alibi, vt latius dixi in primo responso. Non obstat si dicatur debitorem liberari quando soluit Principi † ac superiori, vt tradit Bart. *in l. credi-* 13
tor. ff. de solutio. Decius *cons.* 25. Menoch. *de arbitr. iudic. casu* 137. & *cons.* 68. *lib.* 1 & 608. *num.* 18. *lib* 7. Quia respondit optime D. Sautzapff, ad hanc exceptionem tria † coniūctim requiri, vt debitor liberetur soluen- 14
do Principis iussu alteri. Primo, vt præcipiens sit qui iustum metum inferre possit. Bart. *tract. de Tyrannide. q 7 n.* 23. Afflict. *de.* 150. *nu* 14. Menoch. *d. casu* 137 *n.* 1 . Anton. Gabr. *tit. de solutio concl.* 11. *n.* 2. Talis non est D. Princeps P. cum non sit ei subditus nec emptor nec venditor.

Secundo, vt † præceptum sit pœnale ex traditis 15
per Bart. *in l. creditor. ff. de solu.* Afflict. *decis* 328. *n.* 3. Deci. *cons.* 468. *n.* 22 & 498 *n.* 15. & 690. *n.* 8 Ruin. *cons.* 167. *n.* 7. *lib.* 4. Curtius iun. *cons.* 126. *nu.* 4. Menoch. *cons.* 68. *in fin. lib.* 1. Gabrielius *tit. de solutio. concl.* 11. *n* 2 .

Primum autem præceptū factum à P. Principe D. Baumgardnero cuius vigore soluit ei in Cancellaria, non fuit pœnale, vt in facto supponitur verum esse.

Tertio, requiritur, vt debitor omnem diligētiam adhibeat † ne soluat, quod non fecit D. Baumgard- 16
nerus, sed statim soluit. Quam ob rē non dicitur coactus soluisse, nec liberatur, vt alias dixi: Castrensis *ad l. 2. ff de iudiciis.* Decius *cons.* 25. Bald *ad l. falsus. n.* 30. *C de furtis.* Cagnol. *l. non videtur. §. qui iussu. num.* 2. *de reg. iur.* Afflict. *decis.* 150. *n.* 24 Ruinus *cons.* 147 & 171. *n.* 7. *lib.* 4. D. Tib. Decian *cons.* 48 *lib.* 3. Menoch. *de arbitr. casu* 137. *num.* 14. His rationibus nec responsum est à D. Baumgardnero nec respōderi potest, quare cum Senatus N. nō videatur vllam earum rationem habuisse, merito grauamen intulisse dicitur D. Sautzapffio, qui proinde iuste appellauit ad Cameram Imperialem, quam spero recognita non permissuram, vt verus & legitimus creditor, qui bona sua vendidit, careat re & precio, sed condemnabit simpliciter ad totam summam 18500. floren. D. Baumgardnerum, salua illi defensione contra Principem P. & actione etiam contra D. Sautzapffium, si quid eius facto culpaue damni pateretur.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Nobilibus Tyrolensibus.

ARGVMENTVM CONSILII XXIII.

De renunciatione hereditatis facta à filio an valeat, an rescindi possit propter enormem læsionem; An posit filia dotata petere supplementum legitimæ, & an cogi quis posit ad conficiendum inuentarium bonorum.

SVMMARIA.

1 *Iuri quod nondum competit renunciari non potest.*

2 *Pactum*

2 *Pactum non valet quo filia renunciat hereditati paternæ.*
3 *De eodem.*
4 *Causa adferuntur.*
5 *Statutum habet vim legis.*
6 *Statuta fœminarum exclusiua valent.*
7 *Statuta præsumuntur ob iustam causam condita.*
8 *Statuta sunt seruanda licet videantur iniqua.*
9 *Lex vsu non recepta non ligat.*
10 *Statutum iuri communi derogans non recipit ab eo interpretationem.*
11 *Renunciatio iuris futuri per pactum valet.*
12 *Transactio non rescinditur ob læsionem.*
13 *Renunciatio est donatio.*
14 *Læsio in donatione considerari non potest.*
15 *Læsio considerari non potest cum agitur de iure quærendo.*
16 *Filia quæ dotem à patre accepit & renũciauit, non potest [illegible] dicere.*
17 *Pater præsumitur bonum consilium capere pro filio.*
18 *Renunciatio non potest rescindi ob læsionem enormem.*
19 *Adferuntur textus.*
20 *L. 2. C. de resc. vend. habet locum in omnibus contractibus.*
21 *Ex immodica læsione dolus præsumitur.*
22 *Transactio rescinditur ob dolum ex proposito.*
23 *Renunciatio iurata rescindi potest ob læsionem enormem.*
24 *Quæ sit dos congrua.*
25 *Læsio consideratur secundum tempus contractus.*
26 *Exemplum dotis incongruæ.*
27 *Generalis renunciatio filiæ non includit legitimam.*
28 *Dos subrogatur loco legitimæ.*
29 *Subrogatum sapit naturam eius, in cuius locũ subrogatur.*
30 *Legitima est æs alienum & filio debetur iure naturæ.*
31 *Dos non potest esse minor legitima.*
32 *Generalis renunciatio filiæ non impedit petitionem legitimæ.*
33 *Legitima est pars hereditatis.*
34 *In toto inest pars.*
35 *Dos potest esse minor legitima. & num. 37.*
36 *Dos in legitimam imputatur, non autem loco legitimæ subrogatur.*
38 *Heres tenetur inuentarium conficere.*
39 *Inuentarium facere compellitur, qui restituere bona aliquo in casu tenetur.*
40 *Heres grauatus per fideicommissum cogi potest ad faciendum inuentarium.*
41 *Nemo tenetur prodere vires sui patrimonii.*
42 *Probationes non sunt sumendæ de domo rei.*
43 *Heres non tenetur facere inuentarium si nolit.*
44 *Regressus non datur ei qui renunciauit.*

Iesu Christi redemptoris nostri auxilio humiliter implorato.

EX scripturis, & instrumentis ad nos transmissis animaduertimus, hanc facti speciem nobis ad consultandum proponi, quod vir nobilis in Tylonensi Comitatu D. I. Corechius tres filios, & quatuor filias habuerit, quæ filiæ ipso patre viuente nuptæ renunciarunt, accepta dote, paternæ hereditati, vt patet ex instrumentis confectis. Postea pater supradictus testamentum cõdiderit, in quo filios tres masculos heredes instituit & ante annum mortuus sit, quamobrem mariti dictorum filiarum oppugnare ceperint dictas filiarum renunciationes, & conentur filios de bonorum possessione patris defuncti, quam ipsi filii acceperũt, & tenent simul cum matre expellere. Quare nostrum responsum postulatur super quinque iuris quæstionibus.

Prima est, vtrum dicta renunciatio valeat?

Secunda, dato quod valeat, an propter enormem, vt vocant, læsionem rescindi possit?

Tertia, vtrum filiæ renunciantes legitimæ saltem supplementum petere possint?

Quarta, an filii qui hereditatem tenent ad inuentarium faciendum bonorum cogi à filiabus, seu earum maritis earum nomine possint?

Postrema, an iidem filii conseruari, & defendi in ipsa bonorum possessione debeant?

Quod attinet ad primam quæstionem videbatur prima, vt aiunt, fronte respondendum non valere dictam renunciationem.

Primo, quia hereditas paterna viuente adhuc patre dictis filiabus delata non fuit, quo tempore facta fuit renunciatio, sed deferenda erat post mortem patris, quare de præsenti nullum in ea ius filiabus, quæ renunciarunt competebat, sed post mortem patris competiturum erat. Iuri autem quod † nondum 1 competit, sed cõpetiturum est renunciari non potest. *l. qui superstitis. ff. de acquir. hered. l. 1. §. decretalis ff. de successo. edicto. l. si ita scriptum. §. si sub conditione de leg. 2. l. qui potest. § quod quis cum vult. de reg. iur.* cuius rei rationem pulchram Alciatus adfert *in l. delata ff. de verborum signific.*

Secundo, ex eo, quod respondit Papinianus *in l. vlt. ff. de suis & legit. hered.* Pater, inquit, instrumento dotali † comprehendit filiam ita dotem accepisse, 2 ne quid aliud ex hereditate patris speraret. Eam scripturam ius successionis non mutasse constitit. Priuatorum enim cautiones legum authoritate non censeri.

Tertio, *ex l. pactum dotali. C. de collatio.* vbi in specie ista, de qua agitur renunciationem non valere Imperator respondit. Pactum, inquit, dotali † instrumento 3 comprehensum, vt contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris authoritate improbatur, &c.

Quarto, *ex l. si quando. §. illud. C. de inoffic. testam.* vbi Imperator Iustinianus pactum hoc inter patrem, & filium, vt filius acceptis à patre certis rebus contra patris testamentum inofficiosum querelam non instituat, expresse improbat, ratione adducta, quod filii ad paterna obsequia meritis potius prouocandi sunt quam pactionibus adstringendi. Pactum autem de quo agitur proximum est pacto, de quo loquitur Iustinianus, quia filiæ paternæ renunciarunt hereditati dote contenta, & proinde inofficiosum patris testamentum dicere non possunt.

Quinto, quia hæc est communis omnium Doctorum sententia quod eiusmodi pacta, & renunciationes non valeant, vt videre licet ex Bartolo, Baldo, Castrensi, Iasone, Decio, Corneo, & aliis *in d. l. pactum dotali. C. de collatio.* Et huius rei nonnullas adferunt rationes, & causas.

Prima est † quoniam lex suspicata est filiam facile 4 adduci posse minima re vel dote accepta, ad renunciandum hereditati patris, vt late declarat Alexander *in consil. 28 lib. 5 circa finem.*

Altera quod timuit, ne filia videns se exclusam ab hereditate patris non præstaret ei debita obsequia, ita Ioan. Imolensis *in c. cum contingat. num. 35 de iureiur.* alias multas retinet causas Tiraquellus allatis suis authoritatibus more suo *de iure primogenitorum quæst. 29. num.*

59 *num.* 9. & Vasq... *es de successo. progressu. libro secundo.* §. 18. Ex quibus patet hanc sententiam ab omnibus receptam esse.

Postremo quia renunciationes, quæ nobis proponuntur, nullo sunt iuramento corporaliter præstito confirmatæ, vt ex instrumentis animaduertimus, quare nec iuuari possunt ex Bonifacii octaui constitutione, quæ habetur *in c. quamuis. de pactis lib 6.* Illa enim de iurata renunciatione loquitur, & renunciationem non iuratam non confirmat, sed iuratam dumtaxat, quo fit, vt in terminis iuris ciuilis nos versari videamur, quo iure renunciationes eiusmodi nullius momenti esse omnibus exploratum est, ex legibus superius allegatis.

Verum istis non obstantibus contrarium in proposito casu deciditur, nimirum renunciationes, quæ nobis proponuntur, valere, & seruandas esse.

Fundamentum vero decisionis nostræ positum est non in iure Cæsareo, & communi, sed in iure municipali, & statutario Comitatus Tyrolensis, quo expresse cautum est, & dispositum, vt filia renuncians hereditati paternæ excludatur ab hereditate.

5 Neque vero dubitandum est, quia statutum obseruari debeat in loco in quo viget, quia † ibi vim legis habet *l. omnes populi ff. de iust. & iur.* Alexand. *in l. 1. C. vt quæ desunt aduocatis. & in consil.* 120. *prope finem. lib. 6.* & dicitur ius commune in loco vbi viget. Alex. *cons.* 14. *num.* 21 *lib.* 7 Iason *in cons.* 149. *num* 3. *lib.* 2. Decius *in cons.* 686. *num.* 2. Cephalus *in cons.* 29. *num.* 9. *&* 10. *lib.* 2. Et ideo vbi casus est statuti ibi nullum esse dubitationem respondit Corne. *cons.* 109. *nu.* 7. *lib.* 1. *&* 150. *n.* 4. *&* 188. *n.* 2 *t. lib.* 2. Decius *in cons.* 484. *in prin. &* 693. Crauet. *in cons.* 4. *n.* 20. Cephalus *cons.* 246. *n.* 16. *lib.* 2.

Et licet non ignoremus non omnia statuta valere quæcunque aliquid disponunt contra ius ciuile, vt puta si aliquid iure ciuili prohibeatur quia sit illicitum, nam statutum non potest illud concedere, vt post Bartolum, & alios declarat optime Zasius *in d. l. omnes populi. num.* 17. *ff. de iustit. & iur.* refert & sequitur Andreas Geil. *lib.* 1. *obseruat.* 18. *num.* 2. tamen dubitare non oportet quin statutum de quo agitur validum sit, neque enim aliquid illicitum, & contra bonos mores continet sed conditum est ob iustas causas in fauorem scilicet & conseruationem agnationis, & familiæ, quæ per masculos conseruatur, parentibus suis succedentes exclusis fœminis, quæ dote accepta hereditati renunciarunt. Sicut enim inter omnes constat valere statutum, quo existentibus masculis filiæ fœminæ à successione excluduntur si dotatæ fuerint, ita etiam, vt valeant eiusmodi renunciationes statutum disponere potest, quia nulla sane est ratio differentiæ.

6 Porro statuta fœminarum exclusi... a valere, & seruanda esse † quanquam ius commune repugnet, latissime ostendit Brunus in tractatu quod stantibus masculis fœminæ non succedant, & notat Andreas Geil. *lib.* 2. *obseruat.* 122. *num.* 10. talia statuta iuri diuino consentanea esse ex eo quod habet in sacris literis. Nam ex lege Moisis extantibus masculis filiæ à successione parentum excluduntur, cui consonat, & antiqua lex duodecim tabularũ licet à Iustiniano sublata *in l. maximum vitium. C. de liber. præter.*

7 Huc accedat quod statuta præsumi debent iuste & ob iustam, & † rationabilem causam condita, & promulgata, donec contrarium probetur, vt scripserunt Dynus, Baldus, & alii à Tyraquello congesti *de retracta consang. in principio. num.* 77. Alexand. *in consil.* 36. *num.* 16. *lib.* 6. Curtius iunior *in consil.* 5. *num.* 12. Crauetta *consil.* 259. *num.* 6. Menoch. *de præsumpt. lib.* 2. *præsumpt.* 1. *num.* 2. *&* 3. Ergo & statutũ de quo agitur.

Denique statuta seruanda esse licet videantur esse iniqua, & † odiosa, donec adimantur, respondit Alexan. *in l. lex Cornelia. num.* 8. *ff. de vulg. & pup. l.* vbi multos allegat, refert, & sequitur Cephalus *in consil.* 408. *num.* 36. *lib* 3. 8

Non dubitamus autem quin in facto verum sit quod statutum, de quo agitur, in Comitatu Tyrolensi sit in viridi obseruantia, nam si vsu receptum non esset nullas vires obtineret, quemadmodum nec lex, quæ † vsu recepta non est, vllum habet vigorem *l. de legibus ff. de legib.* & de statutis vsu non receptis quod non obligent, late Menoch. *de præsump. lib.* 2. *præsumpt.* 2. 9

Denique quod statutum Tyrolense locum habeat etiam in renunciatione non iurata, probatur: quia nullum requirit iuramentum, vt patet ex verbis eius, nisi quando mulier nubit extra territorium, & ditionem Tyrolensem, ex quo optime colligitur non requiri quando mulier nubit in territorio, & licet statuta recipiant interpretationem à iure communi quando disponunt super eo, super quo ius commune disponit, tamen in casu non aliter dicendum est, quia statutum illud est contra ius commune. Nam iure communi pactum quo filia certa dote contenta renunciat hereditati non valet, *l. pactum dotali. C. de collatio.* statutum autem dicitur illud valere, & filiam renunciantem ab hereditate excludi, & quando statutum repugnat iuri communi nunquam recipit interpretationem à iure cõmuni, quia † si reciperet intentio statuti destrueretur, quæ fuit iuri communi derogare Bald. *in l. maximum vitium. col.* 4 *C de lib. præt.* Castrensis & Corneus *in l. vlt* §. *in computatione. C. de iure delib.* Socin. sen. *in l. filius famil. colum.* 4. *de verb. oblig.* Parisius late *cons.* 66. *n.* 8. *lib.* 2. 10

Quibus ita se habentibus non obstãt ea, quæ priori loco allata rem dubiam facere videbantur. Nam quod attinet ad primum argumẽtum respondemus, leges allegatas locum habere in simplici repudiatione, non autem in repudiatione, quæ fit per pactum, quia † renunciatio quæ fit per pactum etiam iuri futuro valet *l* 1. *C. de pactis.* vbi glossa cõmuniter approbata rationem reddit, quia scilicet pactũ nititur consensu duorum, simplex autem renũciatio vnius tantum, nempe renũciantis nititur consensu, quare fortius ligant duo vincula, & duorum consensus, quam vnius tantum. 11

Ad secundum, & tertium, & quartum respondemus iure communi quidem ita constitutum esse, vt pactum non valeat, sed tamen in casu nostro valere debet vigore statuti municipalis, quod præfertur iuri communi in locis, & ditione ipsorum statuentium *l. omnes popul. ff. de iust & iure. cum aliis supra allegatis.*

Ad vltimum respondemus, rationes illas, & causas à Doctoribus allatas, & consideratas ob quas pacta ista improbantur probabiles esse, sed locum non habere, nec obstare in casu nostro, quia contrarium ex statuto municipali dispositum est, quod valere, & iustas ob causas editum fuisse præsumendum est, vt supra late disputauimus.

Ad postremum argumentum respondemus, illud non obstare, quia statutum quod viget in Comitatu Tyrolensi expresse disponit valere renunciationes filiarum etiam absque iuramento præstito, quare cum eius dispositio clara sit, disputatio quoad ius commune inanis est, & superuacanea, quia statutum particulare est obseruandum, & præferendum iuri

iuri communi, vt dictum est, & de prior quæstione hactenus.

Sequitur secunda quæstio, dato quod valeant dictæ renunciationes, an propter enormē læsionem rescindi possint? quæ, vt a nobis ea qua decet diligentia decidatur, argumenta adferemus tam pro affirmante quam pro negante sententia, tum quid nobis videatur iuri consonum subiungemus. Quod igitur rescindi non possit probatur primo, quia renunciationes huiusmodi videntur esse trāsactiones quædam, quibus filia accepta dote renunciat iuri futuro, scilicet paternæ hereditati, sic enim transactionē appellat text. *in d. l. de fideicommiss. C. de transact.* renunciationem fideicommissi sub conditione, & incerto euentu relicti. Transactionem autem rescindi non posse propter enormem læsionem *ex l. Lucius. §. vlt. ff. ad l. Rh... & ex alijs legibus.* docuerunt Glos. Innoc. Ioan. And. & alij *in c. cum causa. de empt. & vend.* Alex. *cons. 42. lib. 3* Rol. a Valle *cons. 28. n. 25. lib. 1.* Andr. Gail. *lib. 2. obser. 7...* Menoch. *cons. 401 num. 57 lib. 5.*

13 Secundo, quia renunciatio † est donatio *arg. l. 1. ff. de transact. l. Modestinus. ff. de donat.* Alexan. *in cons. 121. col. penult. & fin. lib. 1.* Decius *in l. si quis obligatione. de reg. iur.* Couuar. *lib. 1. variar. resol. cap. 4. num* 8. Tiraquel. *ad l. si vnquam in verb. donatione largitus num. 143. C. de reuoc. donat. & de ... Connubial. ... cons. 3. num. 17.* In donatio-
14 ne | autem læsio non potest cōsiderari quia ex mera liberalitate procedit & ideo quando constat venditorem donare voluisse, non habet locum remedium *l. 2. C. de resc. vend.* Decius *in cons.* 180. *num.* 4. & 181. *num.* 4. Bartolus *consil.* 90 *num.* 2. Curtius iun. *in consil.* 141 *num.* 2.

15 Tertio, quia læsio considerari non potest cum agitur de iure † non quæsito sed quærendo, propter incertitudinem scilicet futuri euentus, nec quidem in fauorem minoris 25. annis, vt declarant Bartolus *in l. 1. § nunciatio num. 34 ff. de oper. noui nunc.* Felin. *in c. 1 col. 5. vers. ad idem.* quod notat Paulus de Castro *de constit.* Curtius iun. *in cons. 147. colum. fin.* Crauetta *in cons.* 114. *num.* 15 Sed per dictas renunciationes ius futurum, & acquirendum remittebatur, vt patet. Igitur læsio considerari non potest.

Quarto, cum filiabus renunciantibus nullum ius competeret in bonis patris viuentis *l. 1. §. si impuberi. ff. de collatio. bono.* & incertū esset, quot, & quanta bona tempore mortis relicturus esset, imo ea posset aliena-
16 re, & filiæ auferre, non potest filia, quæ dote † accepta a patre viuente renunciauit hereditati læsa aliquo modo dici, vt respondit in terminis Castrensis *consil. 74. n. 3. col. 3 lib. 1.* refert & sequitur adductis aliis Crauetta *in d. consil. 114. num.* 13 & post eum Petrus Io. Ancharan *q. 50. n. 113.*

Quinto, quia filiæ, quæ renunciarunt, dotem à patre acceperunt, si qua ergo læsio considerari posset, illa esset à patre profecta, qui scilicet dotem minorem portione legitima patri eis dedisset, sed quādo filia dotata est à patre conqueri non potest, licet dotē minorem legitima acceperit. Cum enim pater
17 melius, quam quisquam alius † cō[si]lium capere pro filiis dicatur *l. nec in ea. ff. ad l. Iul. de adult.* non potest ei referri questio à filia quod minus cōgrue dotata fuerit Paulus Castrensis *cons. 275. num 6. lib. 1* Decius *cons. 26 num. 2. & 89. num. 4.* Menochius alios multos citans *de arbitr. ... casu 149 n. 5.*

Sexto, propter authoritatem eorum, qui in specie *c. quamuis de pac. lib. 6.* responderunt renunciationem
18 factam † rescindi nō posse ob læsionem etiam enormem, licet enim loquantur quando renunciatio iuramento firmata est, ... in proposito ... idem videtur ... etiam in renunciatione non iurata, quia illa iurat... æquiparatur à ... Castrensi, & ita va... iurata. Quod autem rescindi non possit renunciatio ob læsionem enormem *in casu d. c. quamuis* responderunt Archid... nus, Dominicus Francus, Alexander, Imola, Crotus, Pa..., Curtius senior, & alij apud Couuar. *ad c. quamuis de pactis lib. 6 part 3. §. 4 num. 3. vers. contrariam* ... multos alios, quos citat, respondit Menoch. ... 401. *num.* 174. *lib.* 5.

Cæterum pro contraria sententia quod scilicet dicta renunciatio rescindi possit propter enormem læsionem primo facit tex. *in l. si ... C. de dolo.* vbi ... de filia cum † patre transigente, ... dicitur sine ... 19
dice læsa & non de dolo propter ... diam, sed in factum actio tibi tribuenda est ... verbis probatur transactionem rescindi posse propter enormem læsionem. ergo & renunciatio ... rescindi poterit.

Secundo, *ex l. maioribus C. com. vtriusque iud.* ... dicitur maiorib. per errorem læsis succurri, ... bonæ fidei iudicijs quod inæqualiter factum esse constiterit, reformabitur.

Tertio, ex æquitate *l. 2. C. de resc. vend.* Si enim venditio rescinditur propter enormem læsionem, vt ibi dicitur, ergo eadem ratione rescindi poterit & renunciatio propter enormem læsionem. Ex ... de-
la lex locum habet etiam † in aliis contractibus, vbi 20
similis læsio interuenit tam bonæ fidei, quam stricti iuris, vt tradit ... in commentariis. *d. l. ... in prima parte ... 3. ... & num. 7. 8.* ... Cagnol. ... *num. 6 ...* & locum habet etiam in liberatione ... facta Bart. ... *90* Cagnol. *in d. l. ... n. 15.*

Quarto, quia vbi tam grauis læsio interuenit, ...
dicitur † dolus reipsa interuenire *l. omnes §. Lucius. ff.* 21
quæ in fraud. cred. l. si quis cum aliter. ff. de verb. obl. ... paratur dolo ex proposito, vt ibi dicitur, & tradunt Iason *in cons. 133. lib. 4.* Parisius *cons.* 12. *num.* 8. & ... *num.* 105. & 89. *num* 8. *lib* 1. Socinus iun ... 132. *lib.* ... & 47. *n.* 40. *lib* 3 Crauetta *in cons.* 142 *num.* ... & 192 *num.* 8 Hippol. Riminal. *cons.* 3. *nu.* 18. *lib.* 1. Andr. Gail. *lib. 2. obser. 147. num. 12.* Cephal. *cons.* 401 *num.* 7. *lib.* 3. Ergo sicut renunciatio rescindenda esset, si do-
lus † ex proposito interuenisset *l. & eleganter. ... de dolo.* 22
l. vlt. C. mand. l. qui cum tutor ... §. ... ff. de transact. ita etiam rescindi debet ex dolo reipsa interueniente, ob læsionem in ... Hanc consequentiam probat textus *in d. l. si quis cum aliter.* in illis verbis: *Idem est etsi nullus dolus intercessit stipulanti sed ipsa res in se dolum habeat.*

Postremo, ex eo, quod in fortioribus terminis, nempe in renūciatione iurata, quod propter † enormem 23
læsionem rescindi possit plurimi responderunt. Antonius Butrius, Abb. Ancharanus, Calderinus, Capolla, Rubeus Alexandrinus, Decius, Ripa, Socinus iunior, Paris. Crauetta, & alij, quos refert & sequitur Couuar. *ad c. quamuis in 3. part. § 4. n. 5.* adde Pancirolum multos alios citantem *in cons. ... n ...* & hanc sententiam in Camera receptam testatur Andr. Gail. *lib. 2. obser. 147* Mynsing. *cent. 1 obser. 59.*

His ita in vtramque partem argumentis deductis, quia nobis non cōstat quæ fuerint partes facultates, qui dotem dedit filiabus suis eo tempore, quo nuptæ sunt & renunciarunt hereditati paternæ. Item quis sit mos & consuetudo ... in ... pe-
sonis. Ex his enim an sit dos † congrua, an vero ... 24
tenuis iudicem æstimare oportere, cum id non sit
iure

iure definitum procul dubio est ex traditis per Menochium *de arbitr. iudic. casu* 149. ex And. Geil. *lib. 2. obseruat.* 147. *n.* 7. Ideo pro decisione huius quæstionis præmittimus hanc receptam, & verissimam conclusionem, quod ad læsionem filiæ cognoscendam ac diiudicandam, quæ accepta dote paterna renunciauit hereditati, inspiciendum est tempus matrimonii contracti, & dotis datæ, ac renunciationis factæ, an tunc scilicet dos data fuerit congrua, ratione habita bonorum, quæ tunc pater possidebat, nullo autem respectu habito ad tempus mortis patris.
25 Ita enim in probanda læsione ex contractu † tempus contractus inspiciendum esse inter omnes constat *ex l. si voluntate. C. de rescind. vend.* atq; ita in terminis nostris responderunt Decius *cons.* 26. Parisius *consil.* 26. *num.* 89. *lib.* 3. Alex. *cons.* 29. *lib* 3. Couuar. *ad c. quamuis. in* 3. *parte.* §. 4. *in duodecima conclusione.* Menochius *de arbitr. iud. casu* 149. *num.* 17. *&* 18.

Hoc ita præmisso respondemus ad propositam quæstionem, quod si habita ratione facultatum, & bonorum, quæ pater habebat tempore, quo filias elocauit tenuissimam dotem dederit. Exemplum affert Decius *in cons.* 203. *num.* 6. quando pater de-
26 cem millia † possidens filiæ ducenta dedit in dotem, tunc filiæ iuste conqueri possunt, & tanquam immodice læsæ rescindere possent factas renunciationes, vt probant argumenta quæ pro secunda opinione retulimus, & tradunt Iason *in l. voluntatis. n.* 2. *C. de fideicom.* Decius *in loco proxime citato*, & multi alii, quos refert & sequitur Menoch. *de arbitr. iudic. casu* 149. *num.* 15.

Cæterum si dos data singulis filiabus congrua fuerit, consideratis patris facultatibus, tempore, quo nuptæ sunt filiæ, & qualitate personarum, ac regionis consuetudine, tunc non putamus locum esse rescissioni renunciationum factarum. per ea, quæ pro priore sententia supra retulimus, & certe nobis verisimile videtur congruam dotem fuisse, ratione habita facultatum, quas pater tunc habebat, tum quia à patre data fuit, qui præsumitur filios suos præ cæteris diligere & recte eis consulere, vt supra deductum fuit, tum quia non videtur nobis tenuis, & exigua dos, nec putamus verisimiliter maritos earum consensuros fuisse, prout consenserunt, & approbarunt ipsas renunciationes factas, si tam exigua & tenuis fuisset, quæ nec quantitati bonorum patris nec qualitati personarum respondisset nec moribus regionis: nemo enim præsumitur iactare suum. *l. cum de indebito. ff. de probationib.* & ideo enormis læsio non præsumitur hoc in casu, sed probanda erit à filiabus eo modo quo diximus. Quod vix putamus fieri posse, sed tamen nullum veritati volumus factum præiudicium. Hæc de secunda quæstione.

Tertia quæstio est vtrum filiæ saltē legitimæ supplementum petere possint?

Videbatur prima facie dicendum eas petere posse dictum supplementum legitimæ. Primo quia ge-
27 neralis † renunciatio facta à filio non includit legitimam, sed specialis requiritur legitimæ renunciatio. *l. si quando.* §. *& generaliter. C. de inoff. testa.* sed in casu nostro nulla est specialis renunciatio legitimæ, sed generalis renūciatio facta hereditati, ergo legitima non excluditur, & per consequens supplementum eius peti potest à filiabus non obstante renunciatione. *vt in d.* §. *& generaliter.* ibi. *sed legitimam partem repleri nisi hoc specialiter siue in apocha, siue in transactione scripseris, vel pactus fueris, quod contentus relicta, vel data a parte nullam de eo quod deest habeat quæstionem.*

Secundo quia dos † subrogatur loco legitimæ. *l. quoniam nouella. C. de inoff. testa.* Bart. *in l. Titio centum.* §. *Titio genero. n.* 6. *ff. de cond. & demonstr.* Tiraquell. latissime *ad l. si vnquam C. de reuocand. donat. in verbo susceperit liberos. n.* 112. ergo non potest, nec debet esse minor † legitima, cum subrogatū sapere debeat eius naturā in cuius locū subrogatur. *l. eum qui* §. *iniuriarū. ff. si quis cautio.* §. *fuerat inst. de act. l. Parabolani.* vbi Bald. *C. de epis. & cler.* cōsequenter si dos minor sit legitima, eius supplemētū peti poterit *l. omnimodo C de inoff. test.* 28 29

Tertio quia legitima est æs † alienum, & filio debetur iure naturali. *l. cum ratio. ff de bon. damn. l. si quis in toto. C. de inoff. testa.* Alex. *cons.* 7. *n.* 8. *lib.* 2. Ergo nō licet patri eam minuere, dotem dando minorem legitima, neq; enim patri licet legitimam vlla ratione minuere *l. quoniam in prioribus. C. de inoff testa.* 30

Quarto. Nam quod pater filiæ dotem dare non possit minorem † legitima, respōderunt multi, quos refert & sequitur Socinus senior. *in cons.* 100 *lib.* 3 *col.* 5. *& in cons.* 57. *n.* 19 *lib.* 4. Corneus *cons.* 202. *n.* 10. *li.* 2. Dec. *cons.* 106. *n.* 3. *&* 180 *n.* 2. *&* 181. *n.* 15. Curt. sen. *cons.* 27. *col.* 13. *ver. venio ad quartum* Et ideo si dos sit minor legitima, filia poterit supplementum petere vt late per eos. Postremo in terminis nostris quod generalis renunciatio hereditatis paternę non impediat petitionē legitimæ vel eius supplemēti, tradūt † in specie Gulielmus Cuneus, Bald. Angel. Alberic. Salicetus & Castrensis quos refert, & sequitur Iason *in d. l. si quando.* §. *& generaliter. n.* 5. *C de inoff testa.* Guido Papæ *quæst.* 93. *pater in testamento.* Gram. *decis.* 57. *n.* 26. *&* 101. *n.* 6. alios cōmemorat Gabriel. *com. concl. tit. de legitima. concl.* 8. *n.* 9. & Menoch. *cons.* 71. *n.* 1. *lib.* 1. Tiraq. *de primogen.* 51 *n.* 13. Verum istis non obstantibus cōtrarium deciditur, nempe dictum legitimæ supplementū peti non posse, & fundamentū est præcipuū, quia filię renunciarunt paternæ hereditati, & ipsa renunciatio valuit, vt supra cōclusum est in prima quęstione. Ergo etiā legitimæ videntur renunciasse, quia legitima † est pars hereditatis scilicet triēs, vel semis secundum numerum liberorū, *vt in Nouella de triente, & semisse.* & probatur *in l. Papinianus.* §. *si quis mortis. ff. de inoff. testa. & in l. cum quæritur. C. eod.* ergo renunciando hereditati & successioni videntur etiam renunciasse legitimæ, quia † in toto inest etiam pars. *c. in toto. de reg iur. lib.* 6. & ita in terminis nostris docuerunt Lud. Rom. Alex Castr Dec. Bald. Iason Georg. Natta, Ripa, & alii quos refert, & sequitur Couuar. *ad c. quamuis de pactis. lib.* 6. *parte* 3. §. 3. *n.* 1. & præter eos Raphael Cuman. Ruin. Curtius iunior, Bartol. & multi alii, quos refert, & sequitur Menochius *in cons.* 71. *n.* 5. *lib.* 1. quibus nos addimus Petrum Io. Anchoranum *quæst. familiari* 50. & Molinæum *in cons.* 55 vbi scribit in parlamento Parisiensi obseruari vt legitimæ supplementum non detur filiæ, quæ renunciauit, nisi sit alicubi talis consuetudo. Et ratio est euidentissima, quia dūmodo filia sit congrue dotata inspecto tempore quo nupsit, & facultatibus, quæ tunc pater habebat, nō potest cōqueri, licet dos sit minor legitima quia cōgruā dotē habuit, nec læsam se dicere potest, quoniam inspicitur tempus quo dotata est filia, nō autē tempus mortis patris, Crauetta *d. cōs.* 114. *n.* 13. *& seq.* Petrus Io. Anchar. *d. q.* 50. *n.* 2. & quod † dos possit esse minor legitima quando à patre viuente est cōstituta ex cōmuni, & veriori sententia late adductis authoritatib. tradit Menoch. *de arbit. iud. casu* 149. *n.* 5. 31 32 33 34 35

Sed huius decisionis nostræ veritas melius, & firmius intelligi poterit ex confutatione eorum, quæ pro contraria sententia superius allata sunt.

Quod igitur ad primum argumentū attinet quo dicebatur generalem renunciationē non includere legitimam: respondemus id non esse iuri consentaneum, quia is qui renunciat toti successioni, videtur etiā renunciare parti eius: & quod attinet ad textū, in quo cōtrariæ sententiæ præcipuū est fundamentū *in l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. test.* respōdemus illum textum id non dicere, sed hoc tantum velle, legitimæ supplemento renunciatum non videri ex eo quod filius legatum, vel id, quod mortis causa, vel inter viuos donatū est simpliciter agnouerit, & forte etiam securitatem heredib. fecerit, fatendo scilicet, quod ei datum vel relictū est accepisse, non adiiciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem. Illa simplex agnitio, & confessio, siue securitas nō nocet filio quo minus supplementū legitimæ petere possit.

Sed iste non est casus noster, neq; enim versamur in filia, quæ simpliciter dotem acceperit, & pro ea securitatem fecerit, sed versamur in expressa renunciatione facta hereditati paternæ per filias in qua quidem hereditas paterna tanquam in toto, sine dubio includitur etiam pars, nempe legitima siue eius supplementum.

Ad secundum argumentum, quod dos subrogatā sit loco legitimæ, & ideo non debeat esse minor legitima respondemus, nō probari q; asseritur dotē loco legitimæ subrogatā esse. Nam dos quidē in legitimā imputatur *l. quoniam nouella. C. de inoff. testa.* nō autem 36 in locum † legitimæ subrogatur, multa enim in legitimam imputantur, quæ loco legitimæ non subrogantur, ita respondet Socinus senior *cons.* 288. *col.* 8. *vers. adducit secundo. libr.* 2. refert, & sequitur Menoch. *de arbitr. iud. casu* 149. *num.* 10.

Sed dato, quod dos in legitimæ locum esset subrogata, tamen non recte infertur filiam petere posse supplementum legitimæ, quia in casu nostro obstāt renunciationes factæ hereditati paternæ, quæ sine dubio etiam legitimam includunt, vt supra dictum est & late deductum.

Tertium argumentū respondemus non licere quidem parti legitimam minuere, vt in argumēto continetur, sed hoc in casu non minuitur, sed dotē congruam dedit, cuius causa filiæ renunciarunt hereditati patris, ideo ipsis est imputandum, quæ sua se renunciatione excluserunt ab omni successione, & consequenter etiam ab ea successionis parte, quæ vocatur portio legitima.

Ad quartum respondemus, eorum sententiā, qui dixerunt, patrem nō posse filio dare dotē minorem 37 legitima, † qui in argumento referuntur, nullo fundamēto niti, & frequentiorib. doctorū suffragiis reprobari, sicut late ostendit Menochius *de arb. iud. casu* 149. *n.* 5 *& seq.* vbi omnia confutat argumenta.

Et hæc in casu nostro magis locum habent, quia versamur in renunciatione facta ab ipsis filiabus accepta dote, quo in casu non debet inspici tēpus mortis patris, quod regulariter inspicitur ad legitimam moderandam. *l. cum quæritur. C. de inoff. testa.* sed inspiciendum est tempus dotis datæ, & renunciationis factæ, vt supra deduximus late, quia scilicet viuente patre nulla debetur filio legitima, & ideo satis fungitur officio paterno, si dotem congruam, & honestam dederit secundum facultates, quas eo tempore habuit quo filiæ nuptæ sunt.

Ad vltimum argumentum ex eorum authoritate desumptum, qui scripserunt generali renunciationi hereditatis legitimam non contineri: respondemus contrariam sententiā veriorem esse, & cōmuniorem vt patet ex supra deductis, & fundamento nō satis firmo niti, nempe *d. l. si quando. §. & generaliter.* quia illa lex id non dicit nec loquitur, quando renunciatio fit patre viuente ipsius hereditatis paternæ, sed quādo mortuo patre filius simpliciter legatū agnouit, vel donationē factam, vt non dicatur exclusus à supplemento legitimæ, vt latius supra deduximus.

Quarta quæstio est, an filii, qui hereditaria bona tenent, cogi possint ad faciendum inuentarium, ad instantiam & petitionem dictarū filiarum, & earum maritorum. Videbatur prima facie respondendum cogi posse. primo quia heres regulariter tenetur in- 38 uentarium conficere. *l. vlt. C. de iure delib.* alias præsumitur res subtraxisse hereditarias. *§ hinc nobis. in auth. de hered. & falcid.* Rolan. à Valle *de confect. inuentar. par. 1. §. primo igitur quæro.* Secundo quia fieri potest, vt filiæ fœminę, rescissis renunciationibus quas fecerunt hereditatis paternæ euincant pro portionibus suis hereditatem paternam & consequenter vt filii, qui nunc possident, eam restituere pro virili portione filiabus teneantur. Quoties autem hereditas auferri potest possessori aliquo † casu is cogi potest ad bono- 39 rum descriptionē faciendam, vt sciri possit quid eueniente casu restituendum sit, *arg. l. 1 §. eligitur. ff. de ventre in poss. mittendo.* Hinc dicimus heredem ad instantiam † fideicōmissarii teneri ad inuentariū con- 40 ficiendum rerum hereditariarum, vt intelligatur eueniente casu restitutionis, quid sit restituendum, & nulla fraus cōmittatur Paul. Castr. *in l. cum tacit. §. 1. ff. de cond. & demon.* late Rolan. *de conf. & inuentarii. in 2. part. quæst.* 19. Tertio pro hac sententia facere videtur tex. *in l. pen. § vlt. ff. ad legē falcid.* vbi Scæuola. Quæsitum est, inquit, an rationes defuncti, & omniu instrumentorum hereditariorum, & pupillarium rationum legatariis desiderantibus heres describendi potestatem facere debeat, ne in potestate eius sit auferre quod velit, & per hoc in fraudem legatarii inducātur. Respondit ad iudicis officium pertinere explorare ea, per quæ probetur, quantum in bonis sit. Hæc ratio legis locum habere videtur etiam in casu nostro, ne sit in potestate heredum quod velint, & ita filias excludere, vt ibi dicit Iurisconsultus. Quibus tamen non obstantibus contrarium decidimus, nimirum dictos filios heredes cogi non posse ad faciendum inuentariū bonorū hereditatis suæ. Primo, quia nemo cogi potest rerū suarum inuentarium facere, atq; eo † modo patrimonii sui vires pandere. 41 *l. 2. C. quand. & quib. 4. pars. lib. 10.* in illis verbis. *Quid enim tam durum tamque inhumanū est, quam publicatione, pompaq; rerū familiariū & paupertatis detegere vilitatē & inuidiæ exponere diuitias?* ibi Bartolus notat. Nostra .n. interest ne secreta patrimonii pandantur *leg. 2. C. de alim. pup. præstan.* Alciat. *resp. 1. n.* 17. Secundo quia non aliam ob causam petere possunt filiæ, vt inuētarium conficiatur, quam vt ex eo probare possint quantitatem bonorū patris quæ tempore mortis habuit, ac proinde demonstrare se lęsas fuisse enormiter ex renunciationibus factis, sed hoc iniquū videtur, quia hoc modo filiæ vellent ex ipsis aduersariis probationes sumere ad fundandam suam intentionem contra *l. 1. C. de eden.* vbi omnes notant. Nimis .n. graue est, & iniquum ex domo † rei ꝓbationes aduersus eum su- 42 mere. *l. nimis graue. C. de testib.* Tertio, quia aut filiæ petunt inuentarium fieri eam ob causam, quod bona vindicare intendant, tanquā heredes & hoc concedi nō potest, quia ꝓpter renunciationē exclusæ sunt ab hereditate, & etiam à legitima & eius supplemento, vt supra conclusimus in tertia quæstione, aut eam ob causam vt ostendant se læsas ac enormiter deceptas fuisse, & hoc etiam concedi non potest,

quia

quia frustra inuentarium fieret quantitatis bonorũ, quæ tempore mortis reperiuntur ad eum finẽ, vt de læsione filiarum doceatur, quoniam vt iam supra à nobis conclusum, & demonstratum est in læsione diiudicanda ratio non est habenda bonorum, quæ tempore mortis sunt, sed eorum, quæ tempore renunciationis erant, semper enim tẽpus rei gestæ spectandum est ad læsionem probandam, ex re gesta, *l. si voluntate. C. de rescind. vend.* & supra late deductum est ex Menochio, Crauetta, & aliis.

43 Postremo quia nulla lex est quæ heredes † obliget præcise ad inuentarium conficiendum. Nam Iustinianus Imperator. *in C. vlt. C. de iure delib. & in Nouella de hered. & falcid.* beneficia, & cõmoda proponit, quę consequitur heres inuentarium conficiens, & rursus pœnas, & incõmoda, quæ illum sequuntur, vt scilicet teneatur vltra vires hereditarias in solidum creditoribus, & legatariis satisfacere. Item vt falcidiam amittat, & alia id genus. Cæterũ si nolit heres inuentarium conficere nõ cogitur à Iustiniano, sed tantum priuatur cõmodis, & beneficiis eius, vt videri potest ex tota illa cõstitutione. Non igitur rogi possunt heredes nostri inuẽtariũ cõficere, si nulla lex eos cogit.

Non obstant argumenta in contrarium adducta, quia ad primũ respondemus, vt modo proxime dictum est, heredem teneri ad inuentarium conficiendum, non absolute, non præcise, non simpliciter, sed sub ea conditione, si videlicet velit falcidiam detrahere, & alia commoda habere, quæ heredibus inuentarium conficientibus concessa sunt.

Nõ obstat quod secundo loco dicebatur fieri posse, vt heredes in casu nostro teneantur hereditatẽ siue hereditatis partem restituere filiab. istis, quia stantib renunciationib nobis propositis, & statuto Tyrolensi comitatu eas approbante, vt in 1.1. & 3. quæstione conclusum est, negamus eum casum euenire posse de iure, imo potius apparet, filias nullum ius habere in dicta hereditate, ac proinde frustra sollicitare, & instare vt inuentariũ conficiatur. Alia ratio est in fideicõmissario cui hereditas restituenda est eueniente cõditione, vel die, quia ius eius est certũ ex testamento, in quo relictũ est fideicõmissum nõ dubium & incertũ, vt in casu nostro, in quo nullũ prorsus ius filiæ habent, propter renunciationes factas,

44 cum ad bona † renunciata regressus amplius nõ detur. *l. quæritur. 14. ff. de edil. ed ctio. cum vulg.*

Non obstat vltimum argumentum *ex l. pen § vlt ff. ad leg. Falcid.* quia illa lex loquitur de legatario, cuius interest bonorum descriptionẽ fieri, ne heres in fraudẽ proferat ea bona, quæ velit, & dicat locũ esse falcidiæ vbi non est. Ius legatarii clarum est, & certum ex testamento quo legatum continetur, & sic inuentariũ bonorũ, vt iuri eius certo, & claro nullum fiat præiudiciũ, sed in casu nostro filiæ nullũ habẽt ius in bonis patris propter renunciationem. Ergo frustra inuentarium fieret ad earum instantiã, quæ nullum ius habent, & hæc de quarta quæstione.

Quinta & postrema quæstio est, an heredes filii, qui bona patris defuncti possident conseruandi sint in possessione & in ea defendendi. Huius quæstionis definitio ex supradictis pendet. Nã si renũciationes factæ paternę hereditati à filiab. nuptis valeant, & de iure subsistãt, nec rescindi possint aliqua ratione, nec supplementum legitimæ peti possit, manifestum est filias omnino exclusas esse ab hereditate, & cõtentas esse debere dote data à patre, & consequenter filiis tota debetur hereditas, ex testamẽto, & in possessionem mitti debuerunt, *ex l. vlt. C. de edicto diui Ad. toll.* & quoniam nullus est qui meliora & potiora habeat, sine vlla dubitatione in eadem possessione conseruandi sunt.

A. Fachineus Ingolst. nomine collegii.

Pro nobili Germano.

Argumentum Cons. XXIV.

De herede excusando à pœna caducitatis feudi ob inuestituram non petitam: & de longiss. temporis præscriptione in feudis.

Summaria.

1 *Inuestituram feudi a domino habens, potest illud vindicare à quocunque possessore.*
2 *Vasallus ex feudi concessione vtile dominiũ consequitur.*
3 *Feudum domino aperitur si vasallus non petierit inuestituram intra annum & diem.*
4 *Feudum præscriptione longiss. temporis non acquiritur, & infra, vbi contrarium.*
5 *Præscribi res longo tempore non potest vitio reali affecta.*
6 *Verba legis debent aliquid operari.*
7 *Verba infinitum tempus significantia extenduntur ad omne tempus.*
8 *Heres censetur vna & eadem persona cum defuncto.*
9 *Ex persona heredis non mutatur conditio obligationis.*
10 *Filius habitans cum patre præsumitur scientiam habere bonorum.*
11 *Sententia priuationis non requiritur quando vasallus feudum amisit, nisi vt possessionem accipiat bonorum dominus cui feudum aperitur.*
12 *Ignorans non videtur iuri suo renunciare.*
13 *Ignorantia in dubio præsumitur.*
14 *Vasallo mortuo qui delictum commisit, dignum feudi priuatione non potest agi contra eius heredem.*
15 *Actio omnis tollitur longiss. tempore.*
16 *Legum correctio inducenda non est.*
17 *Præscrip. 30. vel 40. annorũ in feudis locũ habet ex cõm.*
18 *Heres habet probabilem ignorantiam & excusatur si non petierit inuestituram à domino.*
19 *Tempus datũ ad inuestiturã petendã non currit ignorãti.*
20 *Ignorans non videtur contemnere.*
21 *Heredi tempus non currit ad petendam inuestituram nisi ex die scientiæ.*
22 *Vasallus ob non petitam inuestituram non est priuatus ipso iure feudo.*
23 *Vasallus feudi possessione non priuatur ante sententiam declaratoriam.*
24 *Et Citatio vasalli requiritur. (domini.*
25 *Ius declarandi caducitatem feudi non transit ad heredem*
26 *Nec contra heredem vasalli delinquentis talis querela proponi potest.*

Christo Iesu inuocato.

In præsenti causa & lite quæ vertitur inter liberos Hectoris à Purihing defuncti, tanquam actores ex vna, & Ioachimum Rainer, reum conuentum ex altera parte, super vindicatione feudi ob nõ petitam à multis annis inuestituram domino vt prætenditur aperti, & ab eodem postea Hectori supradicto concessi, eoq; mortuo ad ipsius liberos spectantis, qui etiam ab eodem domino inuestiti fuerunt, omnis difficultas & cardo in eo vertitur, an actori obstent exceptiones à reo oppositæ, nec ne, ita, vt iudicare debentis partes videantur esse in condẽnando reum conuentum iuxta petita per actorem, an vero in absoluendo eundem à petitis.

Et quidem prima (quod aiunt) fronte dicendum nobis videbatur, reum esse condemnandum, ex eo, quod satis firmiter & clare sit actoris intentio fundata, & non obstent exceptiones à reo oppósitæ. Nam actor fundatam habet intentionem in inuestitura
1 sibi facta à domino, cuius vigore potest à † quocunque feudum vindicare. *c. 1. §. rei autem. de inuestitura de re aliena facta.* Ait text. Rei autem per beneficium recte inuestitæ vasallus hanc habet potestatem, vt tanquam dominus possit à quolibet possidenre sibi
2 quasi vindicare. Ratio est, quia † vasallus ex feudi concessione vtile dominium consequitur, vt declarat optime Zasius *de feudis. part. 6. n. 34.*

Nec dubium est, quin feudum de quo agitur ad ipsum dominum qui inuestituram concessit, deuolutum fuerit, cum & à multis annis inuestitura petita non fuerit à domino, & alienationes multæ factæ domino inscio fuerint, quibus sane ex causis inter omnes constat feudum domino aperire. *c. 1. de capitu-*
3 *lis Corradi*, vbi, si vasalli heredes per † annum & diem steterint, quod dominum vel heredem eius non adierint, fidelitatem pollicendo, & inuestituram petendo, ipsum beneficium amittant, & ibidem subdit tex. licere domino alienationes omnes factas reuocare, & idem habetur *in c. 1. de prohibita feudi aliena. per Lotharium. & in c. 1. de prohibita aliena. feud. per Fridericum*, consequenter dominus potest illud alteri concedere, sicut in præsenti casu concessit Hectori primum, deinde eius liberis.

Nec obstare videbantur exceptiones rei conuenti. Nam quod attinet ad primam, illa præscriptione longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum nititur, quo tempore bona hæc tanquam allodialia possessa fuerint ab Elisabetha filia Valentini Ottenberg primum, deinde à Dauide eius filio, & postea ab Anna Dauidis filia, à qua reus contrauersia sit inter doctores an talis præscriptio valeat, contra dominum ad effectum, vt dominium directum amittat, illudque in possessores transferatur, tamen illo-
4 rum sententia † verior esse videbatur, qui negant præscriptionem valere. Nam huic sententiæ inprimis suffragatur tex *in c. 1. de capitulis Corradi.* Præterea (inquit tex.) vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas nulla obstante præscriptione reuocare, & tex. *in c. Imperialem. de prohibita feudi alien. per Fridericum*, vbi dicit Imperator, hac præsenti sanctione cassamus & in irritum deducimus illicitas alienationes hactenus perpetratas, nullius temporis præscriprione impediente.

Deinde suffragatur doctorum authoritas, nam ita docet post Iacobum Ardizon. Andream Iser. Dynum & Schenckium, quos commemorat Franciscus Sonsbecius *in vsus feudorum. par. 12. num. 164.* & Iulius Clarus in *§. feudum. quæstione 45. vers. si autem quæritur.*

Tertio suffragatur ratio qua in proposito vsus est Sonsbecius, quia videlicet certum est spatio longi temporis præscriptionem feudi nō induci, illa enim titulum inter alia requirit, & vt res non sit aliquo
5 vitio † reali affecta *vt in instit. de vsucap.* Hic autem titulus deest, quia feudum alienari non potest, & is qui alienat videtur furtum committere, transfert enim rem feudalem ad alium vsum quam acceperit à domino, quare cum Imperatores Corradus & Fridericus constituerint nullam præscriptionē seu nullius temporis præscriptionem domino obesse, clare infertur, eos locutos esse & intellexisse etiam de lon-
6 gissimi temporis præscriptione, † vt videlicet eorum constitutiones aliquid operentur. *iux. c. si Papa de Priuil. lib. 6.* certum enim erat longi temporis præscriptionem non obstare. Denique illa ratio adstipulatur, quia videlicet textus dicit nulla præscriptione impediente. Item nullius temporis præscriptionem obstare, quæ verba sunt vniuersalia vt patet, & omne tempus excludunt, denique præscriptionem, consequenter etiam præscriptionem 30. & 40. annorum. Verba enim infinitum seu perpetuum tem-
7 pus significantia † extendunt suam vim & efficaciam in omne tempus, & sic vltra 40. annos, vt tradit Alexand. *cons. 145. lib. 2.* Socinus iunior *in cons. 145. nu. 7. lib. 1.* Roland. à Valle *in cons. 21. num. 7. lib. 2.* & facit doctrina Bartoli *in l. si ita stipulatus à Seio. ff. de fideiu.* vbi dicit, quoties verba possunt significare infinitatem, illam significant, sic Bald. Angel. & Imola *in l. 1. ff. de vsucap.* & alii à Roland. citati. *in dicto cons. 21. num. 23.* scripserunt, quod vbi in dispositione apponitur verbum quodcunque perpetuo vel simile non currit præscriptio nec legalis nec statutaria, idem tradit Fabian. à monte *de empt. & vend. 3. q. 7 p. prin. n. 25.* Cassan. *in cons. 2. n. 26.*

Quod vero attinet ad secundam exceptionem illa similiter nihil obstare actori videbatur, est enim exceptio ignorantiæ, quod videlicet heredes & successores Valentini Ottenberg, in anno 1519. & 1523. inuestiti, ignorauerint bona esse feudalia. Nam heres censetur vna & eadem persona cum defuncto
in † cuius locum succedit, *vt in auth. de iureiu. à morien. te præst. & in l. vlt. C. de Imp. & aliis substit.* ideo ipsius 8
ignorantia domino non debet obesse, quoniam † ex 9
persona heredis non mutatur conditio obligationis. *l. 2. §. ex his. ff. de verb. oblig.* Et licet propter ignorantiam heredem esse restituendum aliqui responderint, tamen in filio herede defuncti illa conclusio locum habere non potest. Filius enim cum patre vi-
uens † est habitans in eadem domo ex communi co- 10
habitatione & conuersatione præsumitur sciuisse qualitatem dictorum bonorum, & sic an bona hæc quæ non sunt modici valoris allodialia fuerint, vel feudalia, ex traditis per Corneum *in cons. 165. nu 34. lib. 2.* Crauett. *in cons. 151. n. 24. lib. 1.* Ruin. *in cons. 50. n. 17. lib. 1.* Rolan. à Valle *in cons. 4. num. 32. lib. 2.* cum aliis nouissime allegatis per Aurelium Corbulum *de iure emphyteutico. c. 15. limitat. 20. n. 14.*

Tertia quoque exceptio nil iuuare reum videbatur, in hoc etenim est posita, quod dato & non concesso ex causis antedictis vasallum iure feudali priuandum fuisse, eam tamen priuationem non valere nisi legitime fiat, citato vasallo, & lata sententia priuationis ad effectum, vt dominus feudum adimere possit, & alteri concedere. Hæc exceptio, vti dicebamus, non videbatur reo suffragari posse, quia citatio & sententia requiritur ad effectum, vt dominus ingredi possit rei feudalis possessionem, eaque vasallum priuare, non autem ad effectum acquisi-
tionis dominii, nam vasallus dominium ex † causis 11
dictis amisit, & illud domino acquisitum fuit, vt declarat Afflictus *in cap. 1. de feudo sine culpa non amitt. feud. num. 13.* Alexandr. *in cons. 103. num. 16. libr. 1.* Zasius *de feudis. cap. 10. num. 72.* & alii quos refert & sequitur Andreas Gaill. *libro secundo, obseruatione 51.*

Sed & quarta quoq; & quinta exceptio parū reo conuento prodesse posse, videbatur. Et si enim vt in exce-

in exceptione dicitur, si contingat vasallum aliquid committere, propter quod feudo priuandus sit, & dominus viuens ad feudi priuationem non procedat, nō possit eius successor priuare vasallum feudo, tamen id est intelligendum vt procedat quando dominus scit causam fuisse commissam priuatione di-
12 gnam, ignorans enim non videtur † iniuriam remittere, & iuri suo renunciare vt declarat post [illegible] Clarus in §. *feudum. quæst.* 64. Ignorantia [illegible] dubio
13 præsumitur † secundum regulas vulgares [illegible] scientia est probanda. *l. ver. ius. ff. de probation.* [illegible] *mitur. de reg. iur.* Mascardus late *de probation.* [illegible] *concl.* 879. Et similiter licet mortuo vasallo [illegible]
14 sam † admisit dignam priuation[illegible] feu[illegible] aduersus heredem eius agi, vt declarat Clarus [illegible] *dum. quæst.* 65. In proposito tamen nostro [illegible] dendum videbatur, si quidem ita iure constitutum est, vt nulla præscriptione obstante domino liceat feudum alienatum reuocare. *vt in d. c.* 1. *de cap. Corradi.* Ex hoc enim sequitur, eum posse reuocare feudum & vindicare, (& sic successor quoque a Domino inuestitus) licet mortuus fuerit primus ille vasallus qui feudum domino ignorante alienauit.

Verum his & similib. quæ adferri possunt minime obstantibus, contrarium deciditur, nempe secundum ea quæ proponuntur reum conuentum absoluendum esse à petitis per actorē, & hoc ex eo, quod exceptiones à reo oppositæ penitus elidant actoris intentionem, quod nos singulas percurrendo exceptiones planum faciemus.

Inprimis enim opposita est exceptio præscriptionis 40. annorum. Tanto enim tempore à morte Valentini Ortenberg, vltimo inuestiti anno 1519. & 1523. hæc bona de quibus agitur nobis præponitur possessa fuisse tanquam allodialia à successoribus eius, & aliis causam habentibus, idque probari in facto ac demonstrari posse, & sic illud tantum in quæstionem vocari, an de iure talis 40. annorum præscriptio in feudalib. contra dominum feudi sufficiat, eumque excludat. In hac igitur quæstione satis ardua ac momentosa, nobis longe probabilior & communior affirmantium sententia videtur, ac proinde non esse ab ea in consulendo, & iudicando recedendum, putauimus.

Duabus potissimum rationibus & argumentis hæc sententia videtur nobis probabilior.

Primum argumentum est, quia secundum iuris
15 nostri regulas, omnis † actio tollitur spatio triginta vel 40. annorum. *l. sicut l. omnes. C. de præscrip. longiss. tempor.* 30. *vel* 40. *anno.* & hoc iustissimas ob causas, & ad vtilitatem publicam pertinentes vt in dictis legibus. Quam ob rem etiam actio de qua nostra est quæstio ad reuocandum & vindicandum feudum competens, eo temporis spatio sublata esse videtur.

Secundum argumentum est, quia solum id dubium facit in hac quæstione, verum tollatur hæc actio 40. annorum præscriptione, quod iura feudalia dicunt nullam temporis præscriptionem obstare seu impedire, sed hæc verba non debent excludere præscriptionem 30. vel 40. annorum. Nam verba legis perpetuitatem ac infinitatem temporis denotantia restringi debent ad 30. vel 40. annos, id patet primo. Nam dotis causa semper & vbique præcipua est. *l.* 1. *ff. solut. matr.* & tamen illi actioni præscribitur spatio 30 annorum. *l. in rebus.* §. *omnis. C. de iure dot.* & respondit Bald. *in cons.* 4 *lib.* 3. *&* 230. *lib.* 4. Tiraquell. *de retractu conuen.* §. 1. *Glo.* 2. *num.* 10. Socin. iunior *in cons.* 145. *num.* 32. *lib* 1. Secundo actiones personales dicuntur esse perpetuæ *in instit. de perpetuis & tempor. action. in prin.* & tamen annis 30. tolluntur. *d. l. sicut. C. de præscrip. longiss temp.* 30. *vel* 40. *anno.*

Tertio dicit tex. *in l. minor.* §. *qui statuliberum. ff. de euiction.* Qui statuliberum tradidit, nisi dixerit eum statuliberum esse, euictionis nomine perpetuo obligatur, & tamen illa actio 30. annis extinguitur, sicut declarat Tiraq. *de retractu conuen.* §. 1. *Gl.* 2 *n.* 2.

Quarto dicit textus. *in c.* 1. *de restit. in integr.* ecclesiæ iura illæsa semper ac perpetuo manere debere, & tamen elapso quadriennio non restituitur. *c.* 1. *de restitu. in integ. lib.* 6. multo igitur magis restringi debent ad spatium annorum 30.

Quinto dicit tex. *in l.* 1. *C. de bonis mater.* patrem alienare non posse bona materna filiifam. & nullam opponi posse præscriptionem filiis quandocunque venditantibus rem suam, & tamen hæc conclusio locum non habent vbi 30. anni sunt elapsi, *vt in auth. n. nisi tricennale. C. eod. tit.* & notat Tiraq. *d. Glo.* 2. *n.* 9 Rolan à Valle *in cons.* 21. *n.* 41. *lib.* 2.

Sexto dicit tex. *in c. redintegranda* 3. *quæst.* 1. spoliatum esse restituendum ad suam possessionem quacunque exceptione non obstante, & tamen 30. annorum præscriptionem obstare receptum est, vt tradit Menoch. *de recup. poss. ff. remed.* 15. *numer.* 418. *&* 421. Septimo hæc est communis sententia doctorum verba quotiescunque & quandocunque, (quæ tamen perpetuum tempus significant Alberic. *in dictionar. in verb. perpetuum.* Alexand. *in l. qui bona.* §. *vlt. num.* 2. *ff. de damn. infect.*) restringi tamen ad 30. vel 40. annos, vt tradunt Felin. *in rubr. de præscript. colum. vltim.* Ripa *in l. nemo potest. num.* 115 *de leg.* 1. Tiraqu. *de retract. conuent.* §. 1. *Glo.* 2. *num.* 25. Didacus Couar. *lib.* 3 *variar. resolut. cap.* 13. *num.* 5. Crauetta *de antiquit. temp.* 4. *part. princ. C. matura ista n.* 43.

Denique hæc omnia corroborantur ea ratione quod † non sit legum dissonantia inducenda, nisi 16
quatenus expressum est *l. præcipimus. in fine. C. de appellationib.* adeo vt nec ex identitate rationis vel etiam ex maioritate, vt nostri doctores loquuntur induci debent, vt notant omnes, præsertim Iason *in authen. quas actiones. C. de sacrosanct. Eccles.* Cum igitur leges dicant omnem actionem tolli 30. vel 40 annorum spatio, & alibi nullam obstare præscriptionem, vel actionem perpetuo competere, dicendum est leges legibus esse concordandas, vt nulla obstet præscriptio nisi sit longissimi temporis, nempe 30. vel 40 annorum, sic & leges dicunt res prohibitas alienari non posse præscribi. *l. vbi lex. ff. de vsucap. l.* 2. *C. de vsuc. pro emp.* & tamē 30. vel 40. annis præscribi possunt sicuti opiniones cōciliando declarat Antonius Gabrielius *commun. conclus. lib.* 5. *tit. de præscript. concl.* 13. *num.* 2.

Porro hanc sententiam magis communiter receptam esse, quod præscriptio 30. vel 40. annorum cō-
tra † dominum sufficiat in rebus feudalibus, vt in 17
specie nostra, manifestum est. Ita enim docuerunt Glos. *in c.* 1. *ver. præscriptione. de capitulis Corradi.* (quam iuuat tex *in c.* 1. §. *donare. qualiter olim feud. poterat aliena.* in illis verbis, præscriptione 30. annorum submoueatur, tam sciens, quam ignorans.) & ibidem Baldus, Belui. Aluar. Præposit. & alii. Rolan. à Valle *in cons.* 21. *num.* 33 *lib.* 2. Curtius senior *cons. pen. colum.* 2. Brun. *in consil.* 61. *num.* 4. Socinus iunior *cons.* 6. *n.* 15. *lib.* 3. Tiraquellus *de retractu consang.* §. 1. *Glo.* 1. *numer.* 15. Menochius *in cons.* 143. *num.* 20. *vers.* 7. *lib.* 2. Andreas Gail. *lib.* 2. *obser.* 160. vbi alios citat, Mynsing. *cent.* 4. *obser.* 28.

Ex his patet primam exceptionem præscriptionis reo conuento maxime prodesse, & actoris intentionem elidere, atque excludere.

Sequitur secunda exceptio, ignorantiæ, quod videlicet successores vasalli excusatione digni esse videãtur, si nõ petierint inuestituram, eo quod ignorauerint bona esse feudalia.

Et quidem hanc esse iustam exceptionem inter omnes constat, quia is, qui in alterius locum & ius suc-
18 cedit probabilem † habet causam ignorantiæ. *l. qui in alterius. ff. de reg. iur.* & ideo excusatione dignus est, ita in terminis respondit Pet. Anchar. *in cons. 174. Dominus Lazarus sub n. 3. vers. descendo ad secundum dubium.* vbi respondit quod licet vasallus non petens inuestituram intra annum & diem cadat à iure suo, tamen si ignorat, & ideo non petit excusator, cum ignorans non dicatur habere facultatem petendi. Illud enim tempus non currit ignoranti refert & sequitur Aurelius Corbulus *de iure emph. c. 15. lim. 20. n. 1.* Et probatur hæc sententia scilicet tempus datum ad
19 inuestituram petendam non † currere ignoranti, sed à tempore scientiæ, hoc est, cum quis scit & notitiam habet feudi vacantis ex tex. & Glo. *in c. 1. in vers. infantia. in fine. quo tempo. miles.* Gl. *in c. Imperialem. §. præterea. in vers. negligentia de probib. feudi alien. per Frider.* Zasius *de feudis c. 7. num. 2.* Curtius iunior *de feudis parte 4 num. 47.* & idem *in cons. 220. num. 24.* Ratio est quia is qui sciens prudensque legitimo tempore non petit inuestituram Dominum contemnere, & feudum intermittere velle videtur, proinde ob illius contemptum indignum se facit feudo, &
20 ideo priuatur. Talis vero † contemptus in ignorante cessat, is enim qui ignorat contemnere non videtur. *l. si ignorans. ff. locati. l. vltim. in fin. ff. de operib. pub.*

Iusta autem ignorantia esse dicitur si aliquis defuncto vasallo succedat, ignorans illum vasallum fu-
21 isse, & † ideo rectè excusatur, ita respondit Alexand. *cons. 79. num. 24. lib. 1.* vbi dicit tempus petendi inuestituram nõ currere heredibus nisi à tempore scientiæ refert hæc & sequitur dicens, ita in magna & ardua quadam causa in Camera iudicatum & obseruatum fuisse Andreas Gail. *lib. 2. obser. 48. num. 2.* & per totum illud caput multa in excusationem adfert iustæ & probabilis ignorantiæ, quæ pro huius sententiæ confirmatione inseruire possunt, & quoniam ex eo authore facile peti possunt, nos hic libenter non adscribimus.

Tertia quoque exceptio nõ parum reo suffragari visa est, quod videlicet vasallus feudo priuari non debeat, nisi facta legitima citatione, & sententia seruatis seruandis lata, quod in præsenti omissum fuisse nobis præsupponitur. Id probatur primo, quia
22 feudum non amittitur † ipso iure eam ob causam quod inuestitura nõ fuerit petita intra tempus constitutum, lex enim vasallum priuari dicit, non autem ipso iure priuatum, *vt in c. 1. & ibi* Gl. *in ver. mensem. quo tempor. miles.* Alexand. *in d. cons. 79. col. vltim. non procul à fine lib. 1.* Curtius iunior *in d. cons. 220. nu. 29.* Andreas Gail. *lib. 2. obseruat. 48. num. 10.* Secundo quia vt ex dictis patet multa adferri possunt in excusationem eius, qui non petiit inuestituram, nempe iusta & probabilis ignorantia, vt in herede, sicut & pro eo qui alienauit domino irrequisito eadẽ ignorantia potest allegari, vt declarat fuse Zasius adductis aliorum authoritatib. *de feud. par. 10. n. 9.* Tertio quia
23 hæc est † generalis regula & doctorũ assertio, vt vasallus nunquam feudi possessione sit priuandus antequã sententia declaratoria sit in eum legitime prolata vt præter And. Gail. late id tradentem *lib. 2. obser. 48.* fuse explicat Menoch. *cons. 503. n. 4. lib. 6.* Et in terminis num quod requiratur † citatio vasalli & sen- 24
tentia declaratoria, vt eam ob causam priuetur feudo quod inuestituram debito tempore non petiit, tradunt Cardinalis Zabar. *in cons. 74. col. 2.* Affl. *in c. 1. §. sancimus. n. 4. quo temp. miles.* Io Bapt Ferret. *in consil. 121 n. 3.* Gram. *decis. 105. n 59.* Mari. Frec *de subfeud. li. 2. authorit. 33.* Meno. hos & alios citãs *d. cõs. 503. n. 10. li. 6.*

Quod vero ad quartam exceptionem attinet illa locum habere potest, si dominus ante quam moreretur notitiam habuit, vasallum incurrisse in eã pœnam caducitatis feudi, ob nõ petitam inuestituram, secus autem si ignorauit, quia ignorans nõ censetur ius suum remittere, & sic intelligendam esse putamus communem doctorum sententiam, qui de hac specie loquuntur, qua vasallus causam cõmisit, dignã priuatione feudi, & dominus viuens nõ est conque-
stus, quod scilicet † ius priuandi vasallum ad succes- 25
sores domini non transeat, ita Glo. *in c. 1. §. 1. ver. concubuerit. quib. mod. f. ud. amit.* Curt. iun. *de feudis. in 4. parte. in vlt. part. in 2. dubitatione.* Ripa *in l. vlt. n. 257. C. de reuo. dona* late Iul. Clar. *§. feudum. quæst. 64. per totam.*

Denique reo conuento plurimum opitulatur quinta exceptio Est enim hæc communis & recepta sententia, si vasallus cõmiserit aliquod crimen, propter quod à feudo ceciderit, sed tamen priusquam dominus querelam contra eum instituerit, decesserit, non posse dominum huiusmodi querelam pro-
ponere contra heredẽ ipsius vasalli, & † eum feudo 26
priuare. *Bald in c. Imperialem. §. insuper. num 7. de prohibita feudi aliena. per Frideri.* Iacobinus à S. Georg. *in verbo, dictique vasalli. lib. 1. num. 53. circa finem,* Clarus *in §. feudum. quæst. 65.*

Quibus ita se habentib. reliquum est, vt ad ea respondeamus, quæ nobis dubitandi ansam præbuerunt. Non obstat igitur id quod primo loco dicebatur, actorem habere fundatam intentionem in concessione ac inuestitura feudali à domino facta, vt possit bona vindicare à quolibet possessore. Nam respondemus per inuestituram illud ius acquiri quoties legitime facta est, sed in casu nostro obstat illud, quod non fuit vasallus legitime citatus, nec sententia priuationis & declaratoria lata. Hæc enim omnia præcedere debuerunt, & tunc alius de feudo inuestiendus erat, non autem prius inuestiendus antequam primus legitime priuatus esset.

Ad secundum respondetur, concedendo propter illas causas feudum amitti, sed tamen dicimus id nõ esse perpetuum, & ignorantiam heredis & successoris vasalli legitimam excusationem adferre, ob quã locus priuationi non sit, & præterea præscriptionem 40. annorũ agenti obstare, vt supra late deductũ est.

Ad tertium quo dicebatur præscriptionis exceptionem non obstare in proposita specie, quia iura feudalia nullam obstare debere dicunt præscriptionem, respondemus illa verba nulla præscriptione impediente, & similia non esse accipienda de præscriptione 30. vel 40. annorum ex rationibus & argumentis allatis.

Ad quartum argumentum ab authoritate eorum qui negant præscriptionem obstare 30. vel 40. annorum, respondemus, opponendo alios longe plures qui contrarium docuerunt, quæ sententia cũ sit magis communiter recepta præualere debet contrariæ habenti paucos assertores, & sequaces.

Ad quintum argumentum ex illa ratione petitum quod lex Corradi & Lotharii superflua fuisset, quia certum

certum erat præscriptionem decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes non sufficere, respondemus nõn esse superfluas cum multa alia contineant dictæ constitutiones Lotharii & Corradi, & idem statuant circa præscriptionem magis clare, & diserte quam fuerat ante statutum, neque enim vlla erat ante ipsum lex in specie ista præscriptionis longi temporis. Denique dicimus in re dubia capiendam esse potius hanc interpretationem quam diuersam, cum ex hac iura iuribus concordentur, ex illa vero legum correctio inducatur, quæ nunquam induci debet nisi exprimatur.

Ad sextum argumentum de verbis infinitatẽ temporis denotantibus respondetur leges & authoritates in argumẽto relatas habere locum, vbi talia verba inter contrahentes proferuntur, secus vero quando à legibus inseruntur, quia vt supra late probauimus, necesse est, pro legum ipsarum inter se conciliatione & concordia, leges quæ mentionem faciunt temporis perpetui ad 30. & 40. annos restringere, ne contradicant aliis legib. quibus est constitutum omnem actionem spatio 30. vel 40. annorum regulariter tolli.

Ad septimum argumentum respondemus ex persona quidem heredis non mutari ius obligationis, sed heredẽ qui probabiliter ignorat qualitatem bonorum excusatione dignum esse, si propterea non petierit inuestituram, vt supra dictum est. Nec obstat quod dicebatur in argumento filium cum patre viuentem præsumẽdum esse sciuisse qualitatem bonorum, quia vt maxime id verum esset, id tamẽ procederet, vbi certum esset filium diu patri cohabitasse. Item fuisse industrium hominem & rerum similium peritum ac intelligentem, non pupillum neque minorem annis, sed in casu nostro Valentino filia Elisabetha successit, quam non constat patri diu cohabitasse, & fuisse harum rerum intelligentem, imo cõtrarium potius præsumitur, quia fœminæ plerunque ignorant, quæ sint allodialia bona & quæ feudalia, & non constat maiorem ætate cum patre vixisse, vt hæc intelligere potuerit, quare illa conclusio minime ad casum nostrum accommodari potest.

Ad octauum argumentum dicimus illud procedere in casibus, in quibus ipso iure pœna est imposita priuationis feudi, quod nequaquam in eo casu cõstitutum est de quo nostra est consultatio, quando scilicet ob non petitam in tempore statuto inuestituram vasallus feudo priuatur, vt supra late deduximus. Secundo respondemus sufficere hoc in casu quod possessio auferri non possit, ante sententiã priuationis legitime latam. Tertio omnem dubitationem hic cessare, quia agenti obstat præscriptionis exceptio, vt dictum est.

Ad nonum argumentum respondemus nos quoque requirere domini scientiam in eum finem vt per mortem videatur iniuriam remisisse, ac pœnam caducitatis.

Ad vltimum argumentum dicimus illud non obstare, quia præsupponit non nocere agenti præscriptionis exceptionem, cuius contrarium nos iuri & rationi arbitramur magis consentaneum, & supra etiam demonstrauimus. Ex quibus omnibus concludimus reum conuentum à petitis absoluendum fore, expensis ob iustam litigandi causam vtrinque compensatis. Laus Deo & Beatiss. Virgini Mariæ Patronæ nostræ.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii Ingolstadiensis.

Pro Nobilibus Noricis.

ARGVMENTVM CONSILII XXV.

De legitima filii non subducenda ex substitutione, si filius moriatur intra decimum octauum annum, & de L. quoniam in prioribus. C. de inoff. testam.

SVMMARIA.

1 *Nemo paganus directo substituere potest post pubertatem.*
2 *In fideicommisso non veniunt bona grauati.*
3 *Omne grauamen de legitima reiicitur.*
4 *Et hoc beneficium transit etiam ad heredes filii.*
5 *Legitima & Trebellianica deducenda de fideicommisso.*
6 *Filio minori 25. annis non nocet agnitio paterni iudicii, & legitimæ specialiter renunciandum.*
7 *Fideicommissum censetur in dubio iniunctum substituto cum verba sunt impersonalia.*
8 *Filius non potest querelam intentare cum res se habet ad damnum & ad lucrum.*
9 *Legitima deducitur de fideicommisso reciproco.*
10 *Voluntas & potestas omnia dirigunt.*
11 *Quando de legitima reiiciatur grauamen, & de intellectu l. quoniam in prioribus. C. de inoff. test.*
12 *De eadem l. quoniam in prioribus.*
13 *De l. si pater puellæ C. de inoff. testa.*
14 *Grauamen valet in legitima quando tendit ad prouisionem filii.*
15 *Legitima est quota bonorum.*
16 *Legitima est quota hereditatis.*
17 *Legitima detrahitur contra voluntatem testatoris.*
18 *Relatum est in referente.*
19 *Legitima comprehensa est in vniuersali fideicommisso.*
20 *Hæres non habet plus iuris quam defunctus.*
21 *Filius non potest legitimam suam acceptare & reliquam hereditatem repudiare.*
22 *Quod onus renunciatur de legitima intelligitur volente filio.*
23 *Quilibet renunciare potest suo fauori.*
24 *Filius expresse approbans patris dispositionem præiudicat sibi etiam in legitima.*
25 *Quo casu onus de legitima non reiicitur.*
26 *Expressum dicitur quod ex vi verborum colligitur.*
27 *Confirmans actum nullum censetur illum de nouo facere.*
28 *In toto etiam pars continetur.*
29 *Grauamen de legitima quando reiiciatur vbi vniuersa hereditas relicta est sub fideicommisso.*
30 *Legum euitanda correctio.*
31 *Minor non læditur faciendo testamentum, quia potest illud reuocare.*

Diuino auxilio humiliter implorato.

VISA facti specie nobis proposita, vna cum testamentis exhibitis & cæteris scripturis, ac tota re diligenter ac mature perpensa & considerata, in eam venimus vnanimi consensione sententiam, vt per mortem filii testatoris ante decimum octauum ætatis suæ annum, locus factus sit substitutioni secundum eiusdem testatoris dispositionem in testamento factam, & ideo hereditatis partem, quam ex institutione filius vita functus, consecutus fuit, ad substitutos pertinere, pro dimidia scilicet parte ad liberos prioris matrimonii, & pro altera dimidia ad præmortui matrem & sororem vtrinq; coniunctã, & quidem

absq; deductione legitimæ iure naturæ debitæ præfato filio præmortuo, ita, vt nulla separatione siue subductione facta, respectu dictę legitimę filio mortuo debitæ, vniuersa bona, quæ ad illum ex hereditate patris peruenerint, in duas partes diuidi debeant, quarum altera matri & sorori vtrinque coniunctę cedat, altera vero filiis prioris matrimonii. Vt autem nostram hanc sententiam iuri & æquitati consentaneam esse ostẽdamus, veterem de iure respondentium & consulentium morem secuti prius argumenta proponemus, quib. prima facie iudicabimus legitimam esse subducendam in fauorem matris & sororis vtrinq; coniunctæ, heredum filii prædefuncti. Secundo argumenta recensebimus quibus in dictam sententiam adducti sumus, quod nimirum legitima deducenda non sit. Et postremo argumenta in contrarium adducta confutabimus.

Quod igitur attinet ad primum. Videbatur nobis prima facie locum esse detractioni & deductioni legitimæ supra dictæ sequentibus argumentis.

Primo, quia certum est huiusmodi substitutionem filiis impuberibus factam, ante decimum octauum ætatis annum decedentibus, vt directam substitutionem, elapso pubertatis tempore, nimirum post decimum quartum annum valere non posse, *ex l. in pupil. ff. de vulgari & pupillari. l. verbis ciuilib. ff. eodem*
2 *titulo*. Nemo enim paganus † directo substituere post pubertatem potest, *vt in instit. eodem titu. §. vltimo.* & docet Glos. communiter recepta, *in § qua ratione inst. eodem titulo.* Passimque omnes interpretes notant, *in dictis locis & in l. precibus. C. de impuberum & aliis substitutionibus.* Itaq; vt fideicommissaria valere potest, non vt directa substituto, vel ex clausula codicillari testamento inserta, vel benigna interpretatione trahendo substitutionem ad fideicommissum iuxta doctrinam iurisconsulti, *in leg. Scæuola ff. ad Trebellian. & text. in c. si pater. de testament. lib. 6.* Si valet, vt fideicommissum, ergo legitima portio filiis iure naturæ debita, in eiusmodi fideicommisso non comprehenditur, licet enim legitima proficiscatur ex substantia patris, tamen filius eam non consequitur, ex iudicio & voluntate patris, sed ex prouidentia & dispositione legis *leg. cum ratio. ff. de bonis damnatorum. §. 1. in authent. de her. d. & falcid. §. aliud quoque capitulum. in authent. vt cum de appellat. cognosc.* At in fideicommisso v-
3 niuersali † non veniunt ea, quæ grauatus consequitur aliunde quam ex beneficio & dispositione testatoris defuncti, *l. cohereat. §. cum filiæ. ff. de vulgari & pupillari substitutio.* ibi, *nec fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur. leg. si res aliena. ff. ad Trebellian. leg. 3. ff. de dote prælegata.* ibi, *quia matrimonii causa id lucratus est, non ex patris iudicio.* Ergo legitima filio debita non venit in fideicommisso vniuersali.

Et ita hanc rem interpretati sunt multi posteriores iurisconsulti, qui vel commentaria ediderunt, vel iuris responsa, vel tractatus, legitimam scilicet in vniuersali fideicommisso non comprehendi, Ruin. *in consil. 58. num. 12. lib. 2.* Alexander *in consil. 68. num. 1. lib. 4.* Decius *in consil. 419. numer. 1.* alios plures refert Andreas Geill. *libro 2. practicarum obseruation. cap. 119. numer. 3. & 4.*

Secundo dato quod legitima veniret & comprehenderetur in fideicommisso vniuersali ex verbis & mente testatoris, tamen fideicommissum ipsum respectu legitimæ non valet, licet quo ad reliquam hereditatem valere possit, omnis enim conditio & grauamen, onus ac dilatio quoquo modo legitimæ filii adiecta in testamento patris reiicitur, & pro non scripta habetur *ex leg. quoniam in prioribus. C. de inofficioso testamento.*

Quod procedit non solum si sola legitima filio relinquatur titulo institutionis, sed etiam si tota hereditas ad filium peruenire debeat, adhuc † enim quo 3
ad legitimam reiicitur onus & grauamen quodcunque adiectum, sicuti probat text. *in leg. scimus. §. cum autem C. de inoffic. testamento.* Idque ex eo textu adnotarunt Paulus Castrens. & alii, Iason. *in d. l. quoniam in prioribus.* & multi alii, quos commemorat Antonius Gabrielius *communium conclusionum, titulo, de legitima. conclus. 1. num. 4* quibus addi potest Roland. à Valle *in consil. 78 libr. 1* Si ergo respectu legitimæ reiicitur grauamen fideicommissi & substitutionis, illa erit deducenda in primis neque vllo modo † in restitutionem fideicommissi venire poterit. Et sicut filius vi- 4
uens eam deducere posset, ita & heredes eius, eandem nunc deducere posse videntur, quia succedebant in omne ius ipsius filii mortui, *l. nihil aliud est hereditas ff de verbor. & rerum signif.* & omnes actiones quæ ei competebant, ipsis competere incipiunt post mortem filii, tanquam heredibus ac successoribus in locum eius, *l. quoties. C. de heredib. instituend. toto tit. Cod. vt actiones ab heredibus & contra heredes incipiant.* Atque ita in hac ipsa re, de qua agitur, respondit Decius *in consil. 81. post numer. 1.* & multi alii quos refert & sequitur Rolandus à Valle *in dicto consi. 78. numer 6. libro primo.*

Tertio, quod legitima ex fideicommisso sit deducenda, imo etiã † Trebellianica, communis est o- 5
mnium sententia, præsertim canonistarum idq; clare decisum est, *in c. Raynutius. & in c. Raynaldus de testament.* ita, vt hæc sententia iam consuetudine recepta videatur, &, vt verbis Pauli Castrensis vtamur, *in leg. iubemus. Cod. ad Trebellian.* habeatur pro Euangelio, siue, vt cum Mariano Socino Iuniore loquamur, *in consil. 131. in fine. libro primo*, totus mundus eam teneat.

Nec præmissis obstare nobis videbatur, si diceretur filium iam defunctum approbasse patris voluntatem & testamentum, atq; adeo in substitutionem & fideicommissum consensisse, tum, quia hereditatem acceptauit, sine vlla contradictione, tum quia testamentum & ipse condidit, in quo patris dispositionem expresse approbauit. Quoniam ad hoc duobus modis respõdere posse videbatur Primo quod filius minorennis † agnouit patris iudicium, quo casu non nocet agnitio & approbatio oneris iniuncti, 6
leg. parentib. C. de inoffic. testam. Secundo quod generalis & simplex approbatio paternę dispositionis, non præiudicat filio, quo ad legitimam, quoniam vt filius damnum sentiat in legitima sibi iure naturæ debita, requiretur specialis expressio & pactio, quæ nominatim comprehendat ipsam legitimam, vt perspicue docet text. *in l. si quando § & generaliter Cod. de inofficioso testamento.* Id quod omnes interpretes *ibi* adnotarunt, & præter eos responderunt Petrus Ancharanus *in consil. 51. col. penult.* Dec. *in consil. 81. & 218.* alios plures refert Antonius Gabrielius *communium conclusionum, titulo, de legitima. conclusi. prima. n. 7.* vbi etiam ex quam plurimorum sententia, quos ibi commemorat, istam conclusionem procedere affirmat, etiamsi approbatio testamenti paterni à filio facta, iureiurando vallata esset. Idem respondit Rolandus à Valle *in dicto consilio 78. lib. 1* & alii plures, quos cõmemorat Andreas Geill. *libro secundo, practicarum obseruation. cap. 119* vbi dicit, licet aliqui contradicant, ab hac tamen opinione non esse recedendum in iudi-

iudicando, cum sit magis communis, & melioribus fundamentis firmata.

Rursus minime obstare videbatur, si quis diceret verba substitutionis impersonaliter esse concepta, nimirum quod pars hereditatis redeat ad filios prioris matrimonii, altera vero pars ad matrē & fratrem vel sororem vtrinque coniunctam, & sic onus fideicommissi filiis iniunctum non esse, & consequenter
7 censeri in dubio † iniunctum heredi substituto, quo casu mortuo filio substitutus detrahere non potest ex eius persona legitimam, sed vniuersa hereditatis bona veniunt in restitutionem fideicommissi. ex traditis per Bartolum *in leg. qui duos. ff. de vulg.* Aretinum *cons 154. incipiente. periculosum.* Iulium Clarum *4. sententiarum. §. testamentum. q. 72.* & late per Franciscum Manticam *de coniecturis vltimarum voluntatum. libro 8. tit. 3.*

Non videbatur obstare posse hoc subtile argumentum, vt dicebamus, quia notissimi iuris est, hæc procedere, quando filius heres institutus impubes est mortuus, eoque post pubertatem mortuo euanescere fideicommissum in persona heredum filii instituti, *l. quod fideicōmissum. ff. de legat. primo.* & declarant optime Clarus & Mantica *locis annotatis.* & ante illos Ruinus *in memorato consilio 58. numer. 19. libro secundo.*

Postremo neque illud etiam obstare videbatur, quod allegari posset, reciprocam esse eiusmodi substitutionem inter filios, quo casu cum se habere pos-
8 sit ad lucrum † & ad damnum, filius querelam inofficiosi testamenti intentare nō potest, & consequenter etiam legitima subiicitur fideicommisso, *iuxta l. si pater puellæ. Cod. de inofficioso testamento.* Quia duobus modis responderi posse videbatur. Primo fideicommissum hoc non esse reciprocum, nisi inter filios posterioris matrimonii, nō autem respectu filiorum primi matrimonii. Vnde prioris matrimonii filiis decedentibus, nihil isti poterant lucrari, cum tamen id potissimum consideretur, *in d. l. si pater puellæ.* quod scilicet ad filium grauatum, tam matris quam fratris portio hereditatis potuerit peruenire. Secundo quia communis est sententia etiam vsu & consuetudine
9 recepta, quod etiam de reciproco † fideicommisso legitima deducatur, propter verba generalia, *d. l. quoniam in prioribus.* per quam omnis omnino conditio, dilatio & omne onus & grauamen ex legitima reiicitur. Ita Bartolus, Iason, Castrens. Salycet & Sichardus *in d. l. si pater puellæ.* Alexander *cons. 43 lib. 2.* Aretinus *in l. cum filio colum penult. ff. de vulgari.* Marcus Antonius Cuc. *de legitima. rub. legitima nullum grauamen admittit nu. 28.* Antonius Gabrielius *communium conclusio. tit. de legitima. concl. 1. n. 6.* Philippus Portius *communium opinionum. libro primo, cap. 41. in tertia ampliatione.*

Verum istis & similibus nil morantibus contrariam sententiam amplexi sumus tanquam veriorem, ac iustitiæ magis consentaneam, legitimam scilicet, vt supra diximus, non esse deducendam sed in fideicōmissi restitutionem venire. In hanc vero sententiam multa nos induxerunt, quę nunc ordine recensebimus, eritq; hoc secundum huius responsi nostri caput.

Primo moti sumus hoc argumento. Testator potuit & voluit legitimam filiis debitam fideicōmisso includere ita, vt veniret in restitutionem fideicommissi, eueniente scilicet casu substitutionis prout euenit. Ergo legitima censetur inclusa & omnino comprehensa in fideicommisso, de quo agitur. Consequentia videtur nobis manifesta, duo enim sunt potissimum, ex quibus omnis humana actio perfectionem recipit & effectum † voluntas scilicet & po- 10
testas, si enim aliquid agatur ab eo, qui velit, & possit illud agere, cui dubium quin iuris effectum sortiatur id, quod actum est. Ita post Aristotelem & alios Philosophos docent nostri, quos copiose commemorat Afflictus *decisione 305. num. 7.* Quod vero testator & potuerit, & voluerit legitimam includere fideicommisso (*Huc geminas nunc flecte acies, huc lumina torque.*) probatur sequentibus argumentis, quorum priora potuisse testatorem edocebunt, posteriora autem voluisse.

Quod igitur testator potuerit fideicommisso legitimam subiicere probatur. Nam si non potuisset eam fideicommisso subiicere & includere id propterea esset, quia legitima non recipit aliquod onus, grauamen, conditionem ac dilationem, *vt in leg. quoniam in prioribus. C. de inofficio. testamento,* sed hæc ratio locum habere non potest, in hac specie nostra. Igitur nihil impedit, quo minus legitima subiici fideicōmisso & restitutioni potuerit. Assumptio argumenti sic probatur, tunc demum onus de legitima reiicitur quoties est eiusmodi, vt filius olim querelam inofficiosi testamenti intentare potuerit, sed filius hic defunctus non potuisset querelam inofficiosi testamēti intentare, ergo onus de legitima non reiicitur hoc in casu, & sic potuit eam testator onerare & grauare fideicommisso. Maior propositio probatur ex verbis claris, *d. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. o. testamento.* quæ sic habent, *quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, vt si quid minus legitima portione iis derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficiosi testamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur. Hoc in præsenti addendum esse censeamus, vt si conditionibus quibusdam vel dilationibus, aut aliqua dispositione, moram vel modum, vel aliud grauamen introducens eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, imminuta esse videbantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, vel quodcunque onus introducens tollatur. ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset.* Illa verba textus bis repetita, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem mouere poterant: item, qui ad memoratam actionem vocabuntur, manifestum faciunt, eo in casu onus & grauamen reiici de legitima, quo filiis actio olim de inofficioso testamēto competebat: Quemadmodum enim antiquo iure potuisset filius illud onus legitimæ adiectum tollere per querelam inofficiosi testamenti, ita nunc statuit Iustinianus illud pro non adiecto habendum, ne filius testamentum rescindat, & id ita institutum est ad exemplum alterius casus, quando scilicet minus legitima filio relinquebatur, olim enim poterat testamentum impugnare per querelam inofficiosi testamenti, hodierno iure nō potest, sed debet supplementum petere, vt idem imperator sanxit, *in l. omnimodo. C. eodem tit. de inofficioso testam.* Cuius rei meminit statim in principio *d. leg. quoniam in prioribus.* Hunc esse verum & germanum sensum d. l. quoniam in prioribus, vt non aliter legitimæ grauamen adiectum pro non scripto habeatur quam si eo in casu simus, in quo filius olim poterat ex antiquis legibus per querelam impugnare patris testamentum, non pauci neque obscuri nominis iurisconsulti tradidere, ita vt non solū nos moueat ratio, verum etiam authoritas summorum iurisconsultorum, vt verbis propemodum vtamur Marci Tullii Ciceronis *in libro de senect.* In primis ita interpretatus

est

12 est dictā l. quoniam in prioribus † Rich. Malumbr. si Bartolo. credimus in commentariis l. si pater puella. C. eodem titulo. Deinde Fulgosius ibidem. Tertio Raphael Cumanus in leg. cum ex filio. in principio. ff. de vulg. & pupill. Quarto Philippus Decius, qui & hosce duos vltimos citat in consil. 456. ante nu. 8. Quinto Fernandus Vasquius de successionum progressu lib. 1. §. 10. num. 250. & in commentariis ad dictam l. si pater puella. numer. 3. cum pluribus numeris sequentibus Sexto Antonius Georgius Natta & Ioannes Lupus in repetitione rub. de donationibus inter virum & vxorem. Si credimus Antonio Gabrielio eos referenti, communium conclusionum titul. de legitima conclusione 1. num. 6. Postremo doctissimus vir qui nouissime de interpretatione vltimarum voluntatum commentaria edidit, Simon videlicet de Prætis lib. 3. solutione 2. post numer. 9. vbi late disputando hanc sententiam firmat.

Quod autem filius, qui mortuus est, non potuisset secundum antiquas leges querelam inofficiosi testamenti intentare in præsenti specie, probatur primo ex leg. Papinianus. §. vnde si quis. ff. de inofficioso testamento. cuius verba hæc sunt, vnde si quis fuit institutus forte ex semisse. cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, & rogatus esset, post certum tempus restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum sibi eum mouere, cum debitam portionem & eius fructus habere possit. Fructus enim solere in falcidiam imputari non est incognitum. Ergo & si ab initio ex semisse heres institutus rogatus post decennium restituere hereditatem, nihil habet, quod queratur, quoniam facile potest debitam portionem vel ex fructibus eius medio tempore cogere. Hactenus iurisconsult. Si filius non potest inofficiosum testamentum dicere, &, vt ait Iurisconsultus, non habet, quod conqueratur, quoties rogatus restituere semissem hereditatis post decennium, & si post certū tempus, quia tantummodo sextans ei debebatur, & interim ex fructibus consequi potest legitimam portionem. Ergo multo minus filius hic [illegible] inofficiosum dicere testamentum potuisset, cum non post certum tempus decennii, sed sub conditione incerta, nimirum si ante decimum octauum annum ætatis suæ decederet, rogaretur, certe fieri poterat, vt non moreretur ante decimum octauum annum, & consequenter substitutio in totum euanesceret, quod non erat in ea specie de qua respondit Iurisconsultus, quia post decennium certe restituere tenebatur.

Secundo id probatur. Quia substitutio hæc nostra est reciproca inter filios testatoris, vnde poterat is, qui mortuus est filius, non solum portionem suā, ex fructibus consequi, vt Iurisconsultus considerat, in dicta leg. sed & præterea alterius fratris vel sororis præmorientis portionem hereditatis lucrari, vt hæc testatoris nostri dispositio æque se haberet tam ad
13 lucrum, quam ad damnum, quo † casu ratione incertitudinis querela inofficiosi cessat. leg. si pater puella. Cod. de inofficioso testam. nec filius se vllo pacto læsum allegare potest, l. 1. C. de pactis. l. de fideicommisso. Cod. de transactionib. l. sic a. C. de vsur. cum similib.

Tertio pbatur. Quia hoc est expediti iuris, vbicū-
14 que grauamen iniunctum filio in legitima, † tendit ad prouisionem filii, atque ideo iniunctum & constitutum est, à patre, vt ei consulat, non competit filio inofficiosi testamenti querela. leg. multi. ff. de liberis & posthum. [illegible] ait tex non nota causa filios exheredant, nec vt eis noceant, sed vt eis consulant, (vt puta impuberibus) eisque [illegible] in hereditatem dant. & l. Papinianus. §. si quis [illegible] ff. de inofficioso testamento. l. filius matrem. C. eod. titulo, ibi, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere quibus nullam iniuriam fecerit mater sed potius putauerit prouidendum. Atque inde omnes interpretes communiter eliciunt illam conclusionem quod licet prohibitio alienationis bonorum hereditatis non comprehendat regulariter legitimam, quia in eo grauari non potest filius, vt in dicta l. quoniam in prioribus, tamen vbi ad certum tempus facta est prohibitio alienationis, vt puta, si prohibeatur filius bona hereditaria alienare antequam perueniat ad ætatem triginta annorum, quia tunc censetur hæc prohibitio facta fauore filii, quem ante illam ætatem minus prouidum, & prudentem fore testator iudicauit quam vt de bonis suis disponere posset, talis prohibitio valet & tenet, & comprehendit etiam legitimam licet in consequentiam id tendat etiam in beneficium & commodum alterius quam filii, Alexander in dicta l. multi. ff. de liberis & posth. Ripa in leg. filius familias. §. diui. numer. 28. ff. de legat. 1. Bertran. in q. 87. num. 11. & seq alios multos refert in hanc sententiam Rolandus à Valle in consil 98 numer. 25 lib. 2. & Petrus Antonius Angusciola lib 6. consiliorum suorum consil. 44. alios plures citat Antonius Gabrielius communium conclusionum titulo, de legit. nu. 20. 21. ita, vt dubium nullum sit, quin hæc sit communis & omnium votis approbata sententia, quæ optime deducitur ex supra dictis legibus. Si valet & tenet huiusmodi prohibitio alienationis etiam respectu legitimæ, quia non est perpetua, sed temporalis & censetur à testatore facta in vtilitatem ipsius filii, & ideo filio non competit querela inofficiosi testamenti. Ergo & in hac specie nostra valebit etiam respectu legitimæ substitutio facta relataque ad casum mortis ante decimum octauum annum, quasi ex ea consultum sit ac prudenter prouisum ipsis filiis, ne scilicet filii, qui per eam ætatem non adeo firmum iudicium habere possunt, aliter disponant de bonis suis vel in extraneos ea conferendo testamento condito, vel in alias minus dignas personas: præsertimque recordatus est testator illud, quod sæpe vsu venire conspicimus. Fratrum quoque gratia rara est. Potuit igitur testator legitimam subiicere fideicommisso, vt ex ante dictis euidenter constare putamus. Nunc videndum est an testator id voluerit, ac id ipsum in suo testamento ordinauerit, quæ posterior est argumentationis nostræ pars à nobis probanda. Probatur igitur hæc nostra propositio tribus rationibus. Prima ratio est. Testator voluit partem hereditatis, in qua filii sui instituti sunt, eis ante decimum octauum annum mortuis, vel eorum altero, ad filios prioris matrimonii redire & pertinere, alteram vero partem ad matrem & fratrem vel sororem superstitem, vtrumque scilicet coniunctam, vt in testamento expresse habetur, sed legitima debita filiis iure naturæ appellatione partis hereditatis venit. Ergo & legitima comprehenditur in restitutione & fideicommisso.

Legitimam esse partem hereditatis, siue, vt interpretes nostri loquuntur, hereditatis quotam, probatur. Licet enim controuersia sit inter doctores, vtrū sit quota bonorum, an hereditatis, multiq; affirmauerint eam esse quotam bonorum, quia legitima cōsideratur deducto ære alieno, l. Papinianus. §. quarta. ff. de inofficioso testamento. & bona † dicuntur, quæ de- 15
ducto ære alieno supersunt, l. subsignatum. §. bona. ff. de verborum significat. vt late docet Hieronym. Cagnolus in d. § quarta. & alii quos commemorat Decius in l. heres. num. 5. Cod. de impuberum & aliis substitutionibus. Ea tamen verior & communior est sententia, quod legitima † sit quota hereditatis, quia filius in ea 16
institu-

institutus heredis nomen obtinet, quo ad actiones actiuas & cætera commoda, licet non quo ad actiones passiuas & quo ad æs alienum & incommoda, item quoniam ei conceditur actio familiæ herciscũdæ, & quia ei competit hereditatis petitio, *leg. non est. C. eodem tit.* & beneficium *leg. vltima. C. de edicto diui Adriani tollendo.* Ita post Bald. Angelum, Curtium seniorem & multos alios, quos citat, confutatis, & conciliatis contrariis Iacobus Menochius pluribus probat in commentariis *de adipiscenda poss. ff. remedio 4 nu.* 158 *cum pluribus sequentibus.* Secundo hæc nostra sententia probatur, quod scilicet testator voluerit legitimam comprehendere in ea substitutione, quam fecit. Nam legitima, vt quælibet alia quarta, quæ de fideicommisso detrahitur, dicitur contra voluntatem testatoris detrahi, quia censetur voluisse totam & integram hereditatem restitui absque vlla detractione. *leg. Titia. ff. ad legem falcidiam.* ibi, *quoniam contra sententiam matris familiæ lex falcidia induceretur.* Atque
17 ita in terminis nostris de legitima iure † naturæ debita filiis quod detrahi dicatur contra voluntatem testatoris respondit Alex. *in cons.* 139. *num.* 1. *ib.* 1 Curtius senior *in cons. vltimo.* refert & sequitur Ripa *in l. in quartam. in. nu.* 114. *ff. ad legem falcidiam.* Idem respondeṙunt Bartol Castrensis, Ioan. Crotus, Socinus, Corneus, Iason & alii, quos refert & sequitur Crauetta *in cons.* 423. *num.* 4. *lib.* 3. Si legitima detrahi dicitur ex fideicommisso contra voluntatem testatoris, ergo in fideicommisso eam comprehendere testator voluisse censendus est. Et hoc est illud, quod probandum assumptimus, testatorem scilicet voluisse in ea substitutione vniuersa hereditatis suæ bona & iura comprehendere, in qua filios ante dictos heredes instituit, atque adeo omnem etiam legitimam filiis debitam.

Quod & tertio loco probatur ex verbis vniuersalibus, quibus vsus est testator in testamento, dixit enim se velle de suorum bonorum residuo ita disponere, vt siue bona sint mobilia, siue immobilia, supellex, argentum, pecunia numerata, merces, redditus, obligationis iura & cætera omnia & singula ad filios suos perueniant iure hereditario, & in eis omnibus heredes eosdem instituit, deinde subiunxit substitutionem illam, vt si ambo filii alterius matrimonii, vel eorum alter, ante annum ætatis suæ decimũ octauum decesserit, vt illis pars hereditaria, quę ex dicta institutione sua ad eos perueniret, partim ad liberos primi matrimonii redeat, partim ad mortui matrem & sororem, vel fratrem ex vtroque latere. Est igitur proinde, ac si testator dixisset in omnibus & singulis bonis & iuribus meis heredes instituo filios meos, voloq; , vt pars dictorũ omnium bonorum, quæ ad eos ex institutione mea peruenit, eueniente casu substitutionis sic distribuantur & cætera. Etenim verba illa vniuersalia, omnia & singula mea bona, quibus testator vsus est in institutione, censentur repetita in substitutione, quia testator dixit, ꝙ pars hereditaria, quæ ad eos deuoluta erit ex institutione, distribuatur eo modo quo dictum est eueni-
18 ente casu substitutionis. Relatum † enim est in referente cum omnibus qualitatibus suis, *l. asse toto. ff. de heredib. instit. l. si ita scripsero. ff. de condit. onib. & demonstrat. cum aliis vulgaribus.* Atqui quoties aliquis in substitutione vtitur verbis vniuersalibus, nempe, tota hereditas mea, vniuersa bona mea restituat, recte et-
19 iam legitima † comprehensa esse videtur, *argumen. leg. Iulianus. ff. de legat.* 3. *leg. decem. in fine. ff. de fideicommiss. hereditatibus.* Bartolus *in leg. centurio. vers. Tertio principaliter quæro quando substitut. compendiosa. ff. de vulg. & pupill.* Rubeus Alexandrinus *consil.* 43. *colum. vltim.* Natta in terminis *cons.* 321. *nu.* 5. Ceph. *cons.* 272. *n.* 143. *libro secundo.*

Hic iam satis manifestum nobis videtur testatorem nostrum & potuisse & voluisse omnia bona hereditaria, in quibus memoratos filios suos heredes instituit, atque adeo etiam legitimam ipsorum in substitutione facta includere. Ex qua conclusione sequebatur altera conclusio, quod cum nunc euenerit casus substitutionis, omnia bona restituenda sint nulla facta legitimæ deductione ac separatione.

Et quanquam hoc vnicum argumentum nobis ad hanc sententiam stabiliendam sufficere videatur, quo tamen res clarior & illustrior reddatur, nullusque dubitationi locus esse possit, alia subiiciemus argumenta.

Quod igitur legitima non sit ex præsenti substitutione ac fideicommisso deducenda, vlterius sic probatur. Filius testatoris qui decessit, si nunc viueret, non posset legitimam suam deducere ex fideicommisso ac separare. Ergo nec illius heredes possunt. Consequẽtia satis manifesta est, quia non potest heres plus iuris † habere, quam defunctus & au- 20
thor suus, *leg. nemo plus iuris. ff. de regul. iuris. cum vulgaribus.*

Quod autem filius, si nunc viueret, non posset legitimam abstrahere & segregare ex fideicommisso, siue ex reliquis bonis fideicommisso suppositis probatur tribus argumentis sequentibus. Primo quia filius approbauit testamentum patris, & eius dispositionem totam, simpliciter adeundo hereditatem, nec conquerendo, quod grauamen illud iniunxerit substitutionis & restitutionis bonorum, licet autem quando sola legitima cum onere relicta est filio, is non videatur simpliciter agnoscendo voluntatem patris, sibi præiudicare, quo minus, vt grauamen impositum tollatur, instare possit, *argum. leg. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. testamento.* vbi ita constitutum est. in eo casu, quo minus legitima portione filio relictum est, tamen vbi filius nõ in legitima tantum institutus est heres, sed omnibus bonis, non potest acceptando simpliciter hereditatem, onus quoquo modo iniunctũ, etiam respectu legitimæ † recu- 21
sare, sed debet aut totã patris dispositionẽ approbare aut totam reprobare. Ista post longam disputationem ac diligentem concludit Opito *in repetitione leg. filiusfamilias. §. diui. ff. de legat. primo.* refert & sequitur Thomas Grammaticus *cons. causarum ciuiliũ.* 145. meminit istorũ eos sequens Vincentius Mantuarius *in epitome de fideicommissis q.* 50. Idem late firmat Augustinus Berous *quæstione* 87. *nu.* 10. vbi ait hanc esse communem sententiam eique omnes adhęrere. Et id ita esse patet ex traditis per Decium *in l. heres. C. de impuberum & aliis substitutionib.* Et hæc sententia fundatur *in leg.* 2. *heres. ff. de acquirend. heredit.* dum ibi dicitur heredem non posse partem hereditatis accipere, & partem repudiare, id quod docet etiam Imperator *in leg. vnica. §. his ita definitis. Cod. de caducis toll.* vbi *in §. pro secundo.* amplius ad rem nostram. Neque enim inquit ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.

Secundo probatur hæc sententia, quia beneficium legis, vt non valeat † onus legitimæ adiectum, 22
& pro non scripto habeatur, locum habere intelligitur volente filio & ita declarante vt notat Castr.

in d.leg. quoniam in prioribus. Cod de inoffic. test. Glos. *in leg. scimus. in verbo ipso iure. Cod. eodem tit.* & ibi Bartolus & Baldus, Rolandus à Valle alios citans *in consil. 98. numer. 28. versic. viterius dicitur. libro secundo.* quibus adde Calcaneum *in consil. 56 numer. 18.* Quæ sententia confirmatur ex late traditis per Iasonem *in leg. quoties. C. de precibus impe. offerend.* vbi probat omnem legum prouisionem regulariter effectum habere, parte, in cuius fauorem edita est, volente. Non enim beneficium inuito datur, *lex. inuito ff. de reg. iur.* Et quilibet
23 renunciare † potest fauori suo, *leg penult. Cod. de pact. cum vulgatis.* Si igitur hæc prouisio facta in fauorem legitimæ locum habet filio vo'ente & declarante se legitimam suam velle absq; onere, ergo filio id non declarante onus firmum remanet & locum habet, quasi filius videatur renũciare fauori suo, quod procul dubio facere potest.

Tertio id probatur: Nam etsi inter doctores controuersia sit, vtrum filius simpliciter adeundo hereditatem patris, & sic approbando tacite patris testamentum ac dispositionem, censeatur sibi præiudicare quo ad legitimam, seu quo ad onus legitimæ adiectum, aliis affirmantibus specialem exigi approbationem respectu legitimæ, ex eo quod habetur, *in dict. leg si quando, §. & generaliter. Cod. de inoffic. testament.* Aliis sufficere generalem approbationem affirmantibus, & agnitionem paternæ voluntatis ac iudicii, *per leg. Papinianus. §. si conditioni ff eodem titulo.* ea tamen videtur frequentiori calculo approbata sententia, quoties filius non solum tacite, verum etiam expresse patris dispositionem approbat, eum censeri onus & grauamen simpliciter acceptare etiam respectu legitimæ, quia tex. *in dict. §. & generaliter* ad hunc casum non pertinet, cum de tacita filii
24 agnitione † & approbatione loquatur, non autem de expressa. Ita hanc pluribus confirmant & explicant Carolus Ruinus *in consil 56. libro secundo.* Socinus iunior *consil. 156. libro secundo.* Cephalus *consil. 157. numer. 7. libro secundo, & 272. numer. 142. eodem libr. & 291. numer. 71. eod.* Iacobus Menochius *consil: 71. numer. 21. libro primo.* Franciscus Becius *in consil. 34. numero septimo* Alios plures citat eandem sententiam amplectens ac defendens Phanuncius *de inuentario heredu. parte 7. numer 127.* Sed in specie nostra clara extat & expressa paternæ dispositionis approbatio à defuncto filio facta, vt ex testamenti eiusdem filii nobis exhibito constat, ergo etiam respectu legitimę onus agnouisse videtur.

Quarto probatur eadem sententia, quia non solum filius qui decessit, approbauit patris dispositionem in testamento factam expresse, vt dictum est, sed verbis specialibus necessario etiam legitimam complectentibus dictam patris dispositionem approbauit in suo testamento, vt media pars eorum, quæ vnicuique nostrum vigore factæ ab eo institutionis peruenerunt, ad liberos primi matrimonii peruenire debeat, quod à patre dispositum est, merito ratum & firmum maneat. Ampliusque retulit se ad res hereditarias in Inuentario descriptas, ita, vt manifeste filius sic voluerit mediam partem bonorũ hereditariorum descriptorum in Inuentario iuxta paternam dispositionem peruenire ad liberos prioris matrimonii.

Hinc [illegible] memoratum filium specialiter & expresse etiam quo ad legitimam suam approbasse patris dispositionem, quo casu quando scilicet patris dispositio specialiter à filio quo ad legitimam approbatur, & rata habetur, [illegible] onus legitimæ iniunctum effectum suum habere, filiumque † nulla posse ratione amplius illud [illegible]- 25
ctare vt diserte docet textus *in dict. leg. si quando §. & generaliter. Cod. de inoffic. testam.* Id, vt diximus, necessario consequitur ex approbatione filii [illegible]. Nam si voluit mediam partem bonorum hereditariorum, quæ ad eum ex institutione paterna peruenerunt, ad filios prioris matrimonii [illegible], & quidem eorum bonorum, quæ in Inuentario [illegible] pta & annotata sunt.

Ergo voluit etiam legitimam suam ad eosdem filios prioris matrimonii peruenire, quia legitima est ex iis bonis, quæ ex institutione paterna ad eum peruenerunt, & quæ in Inuentario, ad quod se retulit, annotata sunt.

Satis igitur vt dicebamus, iis verbis expressum videtur eam fuisse præmorientis filii mentem [illegible] legitimam suam voluerit paterno voto & dispositioni obnoxiam fore, atque adeo in substitutione facta, ac restitutione bonorum iniuncta contineri & includi, satis enim † expressum id [illegible], 26
quod verborum vi & natura continetur, [illegible] §. 1. *ff. de liber. & posthum.* Crauetta *consil.* 14[illegible] 11. & 257. *numero sexto.* cum aliis à Ioanne Cephalo citatis *consilio 74. num. 20. & 133. nu. 8. & 135. num 10. libro primo.*

Ex hoc argumẽto aliud nobis suppeditatur principale argumentum in huius nostræ consultationis confirmationem ac robur. Etenim filius hic, de quo agitur, vt iam dictum est, voluit firmum & ratum esse iudicium patris ac dispositionem factam, quod media pars bonorum hereditariorum ad filios primi matrimonii perueniret, idque filius palam in testamento suo dixit ac aperte professus est.

Vnde sic argumentari licet, aut media pars bonorum hereditariorum, quæ ad hunc filium ex institutione paterna deuenerunt, peruenire potest ad filios primi matrimonii ex patris testamento & dispositione. Et tũc res satis clara est, quia si media pars bonorum hereditariorum ad eos peruenire debet, non est tractandum de separatione legitimæ ab hac media parte, quia testator eam non separauit. Aut non potest ex dispositione patris res ita effectum sortiri, quia respectu legitimæ paterna dispositio non valet, quod tamen est falsum, quia valet, vt supra docuimus, & tunc quia filius id, quod factum est à patre firmum ac ratum esse voluit, censetur de nouo idem fecisse in suo testamento, ex [illegible] nostrorum iurisconsultorum doctrina, quod confirmatum actum, qui est † nullus, censeatur illum de nouo 27
facere & creare *leg. legata inutiliter. ff. de aliment. leg. leg. quærebatur. ff. de in officioso testamento.* Bartolus *in leg. more. numero quinto. ff. de iurisdiction. omnium iud. & ibidem* Iason, Decius & alii Crauetta *in consilio 542. numero septimo. libro tertio* præsertim cum versemur in confirmatione facta per filium in testamento, ex quo facillime, verbis quomodolibet in eam rem accommodatis, fideicommissa & legata induci solere manifesti iuris est, *l. g. 2. C. communia de legat* late & docte Franciscus Mantica *de coniecturis vltimarum voluntatum lib. 8. tit. 1.*

Quibus ita se habentibus iam superest argumenta soluere in contrarium allata, quod erat tertium & postremum huius nostræ consultationis caput, [illegible] igitur breuiter absoluemus.

Non

Non obstat primum argumentum, quo dicebatur, in generali fideicommisso non venire ea bona, quæ sunt grauati propria, vt quæ aliunde quam à testatore habuit: Quoniam respondemus argumentum procedere in iis rebus, quas grauatus aliunde acquisiuit, quam ex hereditate patris, veluti in dote quam filia iam habuerat ante testamentum patris, & in aliis rebus, quas aliunde grauatus habuit, quam ex paterna successione & hereditate, ita loquuntur leges in contrarium allegatæ. Sed legitimam hic filius habuit ex hereditate patris, est enim legitima, vt supra iam docuim⁹ pars ipsius hereditatis, partē, quæ ad filios ex institutione peruenit, ad filios primi matrimonii peruenire morte intercedente ante 18. annum, vt late dictum est supra, proculdubio voluit, & legitimam filii, quæ pars hereditatis est restitui. In

18 toto enim † non est dubium partem contineri, *inquit regula. in toto. de reg. iur. libro sexto. leg. si quis cum totum. ff. de except. rei iud. cum vulgaribus.*

Non obstat quod legitima filiis debeatur ex dispositione legis & iure naturæ, quia hoc concedimus, sed nihil aliud inde sequitur, nisi patri non licere filium suum absque causa priuare legitima, quod si non solum legitimam ei relinquat, verum etiam totam vel magnam partem hereditatis, non potest filius vlla ratione dicere, se à patre legitimam suam non habere, cum eam habeat vna cum cætera hereditate, vt manifeste patet.

Non obstant authoritates allegatæ, quibus deducitur legitimam in restitutione fideicommissi non venire, quia hic notandum est duplicem esse inspectionem, vna vtrū in fideicommisso vniuersali contineatur legitima ex natura & significatione verborum & mente testatoris restitutionem fideicommissariam ordinantis, & dicimus contineri, quia legitima est pars hereditatis, & aliis rationibus, quibus supra vsi sumus.

Altera est inspectio vtrum legitima comprehendatur in fideicommisso ex dispositione legis permittentis aut prohibentis eam comprehendi, eo quod nullum legitimæ grauamen imponi possit, & hæc est alia quæstio, & in his terminis loquuntur ac intelligi debent authoritates allegatæ, quæ idcirco conclusioni nostræ non obsunt, quod ex pluribus argumentis iam probauimus, potuisse hoc in casu testatorem nostrum legitimam subiicere fideicommisso. Et quia ad hoc ipsum argumentum, quod erat in ordine secundum, nunc etiam speciatim respondebimus.

Non obstat igitur secundum argumentum, quod legitima fideicommisso subiici non possit ex quam plurium Iurisconsultorum sententia. Quoniam respondemus id procedere, cum legitima sola relinquitur filio, secus vero, cum non solum institutus est in legitima, sed etiam in cæteris bonis, ita vt non possit inofficiosum testamentum allegare, quia tunc legitimæ grauamen adiectum toleratur & valet, vt late ostendimus in priore fundamento conclusionis nostræ.

Non obstat quod multi doctores velint, idem iu-

19 tis esse etiamsi filio relicta † sit tota hereditas, quia loquuntur aut intelligi debent secundum terminos *leg. scimus. §. cum autem. Cod. de inofficioso testamento.* ex qua lege doctrinam suam adstruunt; Non loquitur autem illa lex, quando filio institutionis titulo honorabili, tota hereditas relicta est, sed vbi alius heres est institutus & per fideicommissum rogatus filio restituere totam hereditatem sub conditione. Ratio differentiæ est, quia posteriore casu filius, qui non est heres institutus, querelam inofficiosi testamenti mouere potest, priore casu non æque.

Respondemus p̄terea ad hoc argumentū, dato, ꝙ vera esset eorum sententia, qui asserunt legitimæ onus adiici non posse, quamuis tota hereditas filio relinquatur titulo institutionis, eorum tamen sententiam procedere, quando filius conqueritur, onusque iniunctum remoueri & pro non scripto declarari instat atque contendit, ita, vt illud onus acceptare recuset. Cæterum si onus adiectum acceptet expresse, nec conqueratur, imo illud ratum & firmum esse velit, certe non videmus, quo iure possit allegari legitimæ onus adiectum non valere.

Eadem solutio accommodari potest ad tertium argumentum ex ea communi doctorum sententia petitum, quod legitima semper, imo etiam Trebellianica deducatur ex fideicommisso vniuersali: Quia hæc communis sententia locum habet in iis casibus, in quibus filius querelam inofficiosi testamenti olim habebat, eo, quod Lex, *quoniam in prioribus. Cod. de inofficioso testamento.* qua sola nituntur omnes, in eo casu loquitur & intelligenda est, vt supra late demonstrauimus. Quam sententiam etiam hic confirmamus ea ratione, quod nisi sic intelligatur, corrigerentur multæ leges in eodem titulo positæ, quibus legitimæ grauamen adiectum valet, quia filius non poterit impugnare patris testamentum, tanquam inofficiosum videlicet, *leg. filius matrem. leg. si pater puellæ. & leg. ex tribus. Cod. de inofficioso testamento.* Quod recte durum & absurdum est dicere, tum quia leges illæ sunt sub eodem titulo positæ nec vna alterius arguit errorem, tum quia legum † est euitanda cor- 30
rectio, quoad eius fieri potest. Quod enim non tollitur, cur stare prohibetur, *leg. præcipimus in fine. Cod. de appellationibus.* Faciunt fuse tradita *in authent. quas actiones C. de S S. ecclesiis.* per Iasonem & alios.

Deinde dicimus eiusmodi doctrinam non procedere in hac specie nostra, quia filius non potuit approbare testamentum patris pro parte, & pro parte reprobare, & quia totam indistincte patris dispositionem approbauit, & executioni mandare voluit, de nouoque ipse idem disposuit omnia deducendo, quemadmodum late tractauimus supra in argumētis huius nostræ sententiæ.

Non obstat argumentum illud, quo dicebatur filio iam defuncto non nocere & consequenter nec eius heredibus approbationem testamenti paterni, tum quia minorennis fuit, tum quia specialis mentio legitimæ requiritur. Quoniam quod attinet ad primum, quando filius minor approbauit patris iudicium ex testamento, quod erat inofficiosum, nihil enim nocet ea approbatio, quin inofficiosi testamēti querelam exponere possit, ita loquitur textus *in dict. leg. parentibus. Cod. de inofficioso testamento.* Ratio est euidens, quia tunc filius est læsus, ætas autem illa succurrit minori læso per in integrum restitutionem vt notum est sed in hac specie nostra nō est inofficiosum testamentum patris, imo iustū & pium, quoniā filium heredē instituit etiā vltra legitimam, vt in testamēto habetur, vnde filius ap̄pbando huiusmodi

patris voluntatem pie & prudenter egit, neque vlla ex parte læsius dici potest.

Quanquam & illud ex abundanti subiungimus minorem dispositionē in testamento factam, quemadmodum in casu nostro facta fuit, nullitati non esse obnoxiam & aliis legum dispositionibus, quæ contractus minorum quoquo modo rescindunt. Ratio est, quia potest minor via ordinaria aduersus huiusmodi factum sibi prospicere, † reuocando sci-
31 licet testamenti sui dispositionem, Tiraquellus late *in repetitione l. si vnquam. C. de reuocand. donat. verb. donatione largitus. nu. 254. cum seqq.*

Quod vero attinet ad alterum, dicimus specialem & indiuiduam mentionem legitimæ in hac specie non requiri, & quatenus requiratur, eam in spectis approbationis verbis interuenisse in effectu. Quod specialis legitimæ mentio in hac nostra specie necessaria non sit, probauimus supra ex duobus præcipue.

Primo quia textus *in dict. leg. si quando. §. & generaliter. Cod. de inofficioso testamento.* ex quo specialem legitimæ mentionem necessariam esse deducitur, non loquitur in approbatione testamenti paterni expressim facta, sed in agnitione & approbatione simplici ac tacita.

Secundo, quia loquitur ille textus, quando filio minus legitima iure naturæ debita relictum est, nos autem quando in omnibus bonis institutus est heres. Quo casu approbando etiam simpliciter patris testamentum totum approbare cogitur, vt supra dictum est, nec potest legitimam separare à reliqua hereditate.

Quod vero nominatim legitima comprehendatur in ea approbatione paternæ voluntatis, quam filius hic noster in suo testamento fecit, probatur ex eo, quia verba approbationis ampla & prægnantia sunt, relataque tum ad omnia bona, quæ ex institutione ad filios peruenerunt, in quibus proculdubio legitima continetur, tum ad bona ipsa hereditaria in Inuentario descripta, quorum in numero etiam bona, quæ legitimā contingunt, exploratum est recenseri omnia deducendo, vt late nos superius diximus.

Non obstat responsio data ad tacitam illam obiectionem, quod fideicommissum hic non censeatur iniunctum filiis, sed eorum heredibus, quia verba fideicommissi sunt impersonaliter prolata: Quia non vrgemus hoc argumentum in hac nostra consultatione aliis longe clarioribus & firmioribus, vt nobis videtur, argumentis subnixi.

Non obstat deniq; altera responsio ad argumentum illud, q. legitima grauamē adiectum hic defendi non possit ex eo, quod fideicommissum sit reciprocum inter filios, *iuxta leg. si pater puellæ Cod. de inofficioso testamento.* tum quia non est reciprocum, habito respectu ad filios primi matrimonii, tum quia dicta *lex si pater puellæ.* ex communi multorum doctorum sententia est correcta. Quia vtrumque sic expedimus. Fideicommissum reciprocum esse inter filios ipsos, vt patet, & id sufficere; vt sustineatur fideicommissum etiam respectu legitimæ, ratio est, quia neuter ex filiis dicere potest se læsum esse [illegible] incertitudine, æque enim & damnum sentire potest, & lucrum facere, ex alterius præmorientis portione, in qua sola ratione incertitudinis, damni & lucri fundatur decisio Imperatoris, *in dict. leg. si pater puellæ.* Quanquam ibi ex facto [illegible] subesset, quod filius lucrari poterat hereditatem fratris & alterius.

Quod vero dicitur eam *leg. si pater puellæ.* correctam esse *ex leg. quoniam in prioribus*, nec verum est, nec verisimile. Non est verum, quia nullum verbum inducens correctionem: non est verisimile, quia eodem titulo insertæ sunt ambæ leges, nec vnius [illegible] alterius mentionem. Vnde quod non corrigitur, [illegible] stare prohibetur. *leg. præcipimus. in fine. Cod. de appellationibus.*

Authores Authoribus contrariis opponimus, [illegible] riora dicentibus, iis, qui saltem dicunt, ad [illegible] per Decium *in dicto consilio 456. num. 8.* qui de hac specie nostra loquitur.

Et dato quod argumentum istud non [illegible], non desunt tamen alia longe, vt nobis videtur, euidentiora, quibus hæc nostra consultatio fulcitur, qua, meliori iudicio saluo, tandem concludimus id, quod initio præfati sumus legitimam filii [illegible] in substitutione comprehensam esse, & [illegible] restitutione fideicommissi, quæ iam imminere dicitur, detrahendam non esse, sed sic omnino [illegible] dum, vt pars hereditatis, quæ ex institutione patris ad filium mortuum peruenit, ad filios prioris matrimonii deuoluatur: altera vero pars ad matrem & sororem ex vtroque latere. Ita enim [illegible] & æquitati consentaneum esse dicimus & respondemus meliori ac sanctiori iudicio saluo ad laudem Dei Benedicti.

Andreas Fachineus nomine collegii Ingolstadiensis.

Pro Illustrissimo Comite Germano.

ARGVMENTVM CONSILII XXVI.

Quod feuda diuidi non possint. Quod consuetudo valeat super hoc vt non diuidantur & paterna dispositio in testamento facta.

SVMMARIA.

1 *Feudum sua natura est diuisibile sicut alia bona.*
2 *Et fieri debet diuisio etiam vno tantum prouocante.*
3 *Nemo inuitus cogitur stare in communione.*
4 *Feuda dignitatem annexam habentia non possunt diuidi.*
5 *Secus seruatur in Germania.*
6 *Et quando plura sunt feuda semper fit diuisio.*
7 *Et fieri potest diuisio quo ad iurisdictionem.*
8 *Et quando essent alia bona præter feudalia.*
9 *Consuetudo legem non vincit.*
10 *Consuetudo irrationabilis non est seruanda.*
11 *Consuetudo vt feuda non diuidantur non valet.*
12 *Consuetudo est lex non scripta.*
13 *Consuetudinem inducere non potest familia priuata.*
14 *Consuetudo vt induci possit, quid requiritur.*
15 *Et in terminis consuetudinis vnius familiæ.*
16 *Primogenitus succedit in ducatu & similibus.*
17 *Nec valent testamenta in contrarium.*
18 *Pater auferre non potest ius quæsitum filiis vigore primæ inuestituræ feudalis.*
19 *Authores huius sententiæ recensentur.*

20 In

20 *In dubio seruanda est opinio per quam æqualitas inducitur.*
21 *Administrator tenetur reddere rationem.*
22 *Frater tenetur reddere rationem fratri.*
23 *Primogenitus solus succedit in feudu.*
24 *Idem late probatur.*
25 *Et consuetudo quod primogenitus succedat valet.*
26 *Et seruatur in multis locis.*
27 *Consuetudo particularis vnius familiæ circa successiones seruanda.*
28 *Idem probatur late.*
29 *Consuetudo temporis immemorialis vim habet tituli.*
30 *Consuetudo vnius fam. seruanda.*
31 *Pro reo in dubio pronunciandum.*
32 *Sententia iudicis non requiruntur ad consuetudinem deducendam.*
33 *Consuetudo quomodo probanda.*
34 *Pater an possit feudum vni assignare.*
35 *Idem probatur late.*
36 *Generi per speciem derogatur.*

Christi Redemptoris nostri præsidio humiliter implorato.

GRAVIS & ardua nobis proposita est consultatio, vtrum videlicet iunior frater prouocare natu maximum ad diuisionem feudalium bonorum, de quibus in themate nobis proposito, possit, & rationis accepti & expensi exigere. Huius enim quæstionis definitio pendet ex trium quæstionum definitione: quarum prima est an talis consuetudo quæ primogenitum ad successionem vocat cæteris exclusis, vt in proposito casu subsistat: Secunda an liceat patri in præiudicium aliorum filiorum vni feuda relinquere & eum solum instituere in eis? Tertia an eiusmodi feuda dignitatum diuidi possint, an vero ad solum primogenitum pertineant: De quibus quidē articulis inter doctores maximæ sunt controuersiæ & nulla certa fere legis constitutio.

Nos tamen omnibus hinc inde examinatis ac discussis, & in vtramque partem disputatione instituta quid nobis quid æquitati magis consentaneum nobis videtur pro antiqua collegii nostri consuetudine in medium adducemus

Videbatur igitur nobis prima specie fratrem natu minorem prouocare posse alterum fratrem natu maiorem ad diuisionem dictorum feudorum, & cōsequenter eum ad rationem etiam reddendam accepti & expensi compellere: non obstante triplici illo fundamento iurium videlicet feudalium, consuetudinis allegatæ & testamenti paterni: nullum enim horum videbatur obstare.

Nam quod attinet ad ius feudale, fundatam habere videbatur intentionem supradictus frater iunior, quoniam regulariter feudum est diuisibile † sicut 1
cætera bona hereditaria. *cap. 1. § omnes filii si de feudo defuncti fuerit contentio inter dom. & agna. vasall. cap. 1. §. item si fuerint duo fratres quibus modis feudum amittatur. cap. 1. § præterea ducatus de prohibita feudi alienatione per Frideric.* Tiraquellus quam plurimos adducens *de iure primogenitorum. q. 4. nu. 19* Et licet si vnus ex consortibus tantum ad diuisionem † prouocet aliis reluctantibus diuisionem non esse faciendam, respondeat Panormitanus *in consil. 84. numer. 10. libro primo.* 2
propter illa verba textus *in dict. §. præterea ducatus nimpe* illud autem feudum si consortes voluerint diuidatur: tamen verior & communior est sententia vnius prouocationem sufficere vt diuisio fiat, quia nemo † in communione stare compellendus est, 3
leg. vlti. Cod. commu. diu. ff. de cond. indeb. Alexand. *in con. 7 libro quinto. n. mer 3. 4. 5. & seq. & in consil. 25. numer. 2. eodem lib.* Socinus senior *in consil. 278. n. 4 libro secundo.* & alii multi quos refert & sequitur Andr. Geill. *lib. 2. obser 153 n. 9.*

Et licet eisdem legibus feudalibus aliud sit constitutum in feudis maioribus annexam dignitatem habentib. veluti Ducatus, Marchionatus, Comitatus, vt nimirum † talia feuda non possint diuidi, vt habetur *in eodem § præterea ducatus de prohibita feudi aliena. per Fridericum.* Et in specie nobis proposita de talibus agatur feudis; attamen huic argumento multis modis responderi posse videbatur. 4

Primo illam feudalem legem seu ius, consuetudine Germaniæ & aliorū locorū sublatum esse. Nam ex † notoria Germaniæ consuetudine huiusmodi feuda excepta regali dignitate inter filios coheredes diuiduntur, etiā sine consensu summi Principis: quæ consuetudo fere vbique locorum, maxime vero in Italia viget, vt scribit Iason. *in leg. stipulationes non diuiduntur. numer 31. ff. de verbor. obligation* Socinus senior *in dict. consil. 278. numer. 1. libro secundo.* alios plures refert & sequitur Andreas Geill. *libro secundo. obseruat. 153 in principio.* Tiraquellus late *de iure primogenitorum. quæst. 4. num 37.* 5

Secundo responderi posse videbatur illam regulam feuda em locū sibi vendicare quando est vnum solum † castrum in feudum concessum, tunc enim ne in eodem castro videantur esse duo domini separatim, non proceditur ad diuisionem, *vt in dicto § præterea ducatus.* Secus dicendum vbi sunt plura castra in feudū comitatus erecta & concessa, tunc enim commode diuidi possunt, & vnum assignari vni, aliud alteri, ita Alexand. *in consil. 25. n. 18. lib. 5.* Socinus senior *in dict. consil. 278. num. 1. vers. quarto procedit lib. 2.* Tiraquell. plures alios citans *de iure primogenitorum. quæst. 4 n. 48.* Roland. à Valle *in consil. 80 numer. 14. libro primo.* Sed in casu nostro videtur esse non vnum castrum seu vnus comitatus, sed plura, ergo diuidi poterūt. Quod si inter comitatus aliqua sit disparitas, quia vnus plus valeat, iudex prouidere debebit vt ille cui castrum seu comitatus maioris valoris assignabitur alteri cōdemnetur ad præstandum aliud quo fiat iusta compensatio & diuisio *leg. ad officium. Cod. comm. diuid. §. quod si de vna. in inst. de officio iud.* Ita Alexander *loco annotato num. 18.* & Roland. à Valle *d. consil. 80. num. 15. 16. libro 1.* 6

Tertio responderi potest feuda comitatus & alia de quibus *in dicto §. præterea ducatus.* diuidi non † posse quo ad iurisdictionem & dignitatem, secus vero quo ad ministrationē, vsum, & exercitium ipsius iurisdictionis: diuidi enim possunt ita videlicet, vt alternis annis quilibet administret: vel vnus in vno loco, alius in alio. Ita Bartolus & Baldus *in leg. inter tutores ff. de admin. tuto.* argumento sumpto ex illo textu, vbi patet aliquid esse indiuiduum nempe iurisdictionem & nihilominus administrationem diuidi Idem tradunt Panorm. & Felin. *in c. prudentiam. de off. deleg.* & plures alii quos refert & sequitur Roland. à Valle *in d. cō consil. 80. numer. 27. libro primo.* vbi id probat argumento ducto à seruitutibus. Etenim seruitutes & alia iura incorporalia sunt indiuisibilia. *leg. vsus pars ff. de vsu. & habi. & leg. stipulationes non diuiduntur. ff. de verbor. obligation.* & tamen quælibet seruitus respectu commoditatis est diuidua. *leg. via. ff. de seruitutibus.* & ibi Paulus Castrensis. Similiter & ius 7

 patro-

natus est indiuiduum, *cap. primo. de iure patronat.* tamen plures patroni possunt inter se diuidere comoditatem præsentandi alternis annis, *clem. 1. de iure patrona.* alia quam plurima similia adfert Rolandus *loco allegato.* & ibidem, *numer.* 38. dicit non solum hanc sententiam Bartoli placuisse Baldo, Felino, Panormitano, verum etiam aliis multis, nempe Decio, Aluaroto, Alexandro, Socino, Curtio, Iasoni & aliis, quorum loca & authoritates ibi commemorat.

Postremo responderi potest id non procedere quando in hereditate essent comitatus & alia feuda
8 siue bona allodialia, quia tunc ex diuisione posset com. totus vni † assignari & alia bona alii Glos. & Baldus *in leg. si familia. Cod. fam. hercisc. & in dict. §. praterea du. atus. colum. 2. vers. pone duos fratres*, & ibidem etiam Aluarotus, Socinus senior *in dict. consil.* 178. *numer* 2. *vers. tertio non licet. libro secundo.* Tiraquellus alios citans *de iure primogenitor. q.* 4. *n.* 46.

Sic inspecto iure feudali prima facie nobis respondendum videbatur.

Quod si consuetudo vetustissima (qui est alter funiculus) obiiceretur, per quam semper à tempore hominum memoriam excedente, ita obseruatum dicitur, vt in his comitatib. primogenitus solus succederet, multis modis obex & funiculus iste dissolui posse nobis videbatur.

Primum eam ob causam, quod talis consuetudo sit contra ius ac legem scriptam, & consequenter seruanda non sit, sed potius lex scripta. Licet enim consuetudinis vsusque longæui magna sit authoritas,
9 non † tamen est tanta vt rationem vincat aut legem, *leg. secunda. Cod. quæ sit longa consuetudo.* Talem vero consuetudinem esse contra legem patet, quia secundum legem æqualiter vocantur filii ad successionem patris siue ius prætorium intueamur, siue ius ciuile, siue seu iustiicas leges, de iure prætorio est tex. *in leg.* 1. *Cod. vnde lib. & in leg. si post mortem §. vlt. ff. de bono. poss. contra tab.* De iure ciuili textus *in leg. pater filios. Cod. fam. hercis. in auth in successione Cod. de suis & legiti.* De iure feudali tex. *in c.* 1. *de successione feudi.*

Secundo quia talis consuetudo est irrationabilis
10 & † consequenter cum iuri & rationi repugnet corruptela potius est dicenda, *cap.* 3. *de consuetud. cap. cum venerabilis. & cap. vlt. cod. tit.* Est enim rationi consonum, vt inter fratres æqualitas seruetur, *leg. pen. Cod. comm. diui. leg. vlt Cod. commun. vtriusque iud. leg. vt liberis. & leg. illud. §. vlt. C. de collatio.* eam ob causam vt sit concordia, pax & amicitia inter ipsos fratres, vnde & *Genesis* 37. habetur cæteros filios Iacob moleste tulisse Ioseph. fratrem fuisse à patre tunica donatum de qua re Diuus Ambrosius *in lib. de Ioseph. Patriar. ha. capit.* 2. Iungat, inquit, liberos æqualis gratia, quos iunxit æqualis natura. Lucrum pietas nesciat pecuniæ in quo pietatis dispendium est. Quid miraris si propter fundum aut domum oriuntur inter fratres iurgia, quando propter tunicam inter Iacobi Sancti filios exarsit inuidia? Cui sententiæ maxime conueniunt verba Angeli, *in consil.* 287. *pro clariori decisione thematis. colum.* 3. Quæ ipsa licet non admodum elegantia libet subnectere. Et hoc inquit potissimum vendicat locum in fratribus diuidentibus hereditatem paternam, qui ex inuidia causata à forma specifica, plus solent contentari quod extraneus etiam inimicus habeat de hereditate paterna quam alter eorum plus altero vnum iota. Et adeo ipsi fratres pertinaciter æqualitatem desiderat, vt vel ficos indiuisos non relinquant, ex vetere græcorum prouerbio σῦκα μερίζειν, id est, ficos diuidere. Et sane cum inter omnes, tum vero maxime inter fratres est seruanda æqualitas, *l. fratru. & quod ibi not. C de transact.* & *Ecclesiastici.* 25. In tribus inquit placitum est spiritui meo, quæ sunt probata coram Deo & hominibus. Concordia fratrum, & amor proximorum, & vir & mulier sibi bene consentientes. Et Salomon scribit, sex esse quæ Deus odit, septimum autem hoc est, cum qui seminat inter fratres discordiam detestari animam. *Prouerbiorum* 6. Æqualitas vero, ex sententia Pithagoræ *apud Platonem libro sexto. de legibus* & Aristotelis *libro nono Ethicorum. cap.* 8. amicitia est, id est, vbi æqualitas, ibi quoque amicitia. Est enim æqualitas amicitiæ parens & altrix, contra inæqualitas discordiarum bellorumque mater, quibus consonat tex. *in cap. decimas quas. §. has vero decimas. 16. quæstio* 7. probans inæqualitatem esse fomitem discordiæ, de quo Aristoteles *lib. 5. politicor. cap.* 1.

Tertio quia non desunt viri grauissimi qui responderunt, hanc consuetudinem non esse obseruandam † cum ea iuri & rationi repugnet, & vt verbis vtamur Cornei *in consilio* 199. *libro secundo.* exorbitantissima sit à iure communi. 11
Quare Cyn. *in leg. Barbarius. ff. de off. prætoris*, asserit peccare primogenitum qui ex consuetudine totum patrimonium retinet, si scit eam consuetudinem esse erroneam, prout est, *& in leg. rescripta. in* 3. *quæstion. C. de precib. imp off.* dicit. cõsuetudinem disponentem vt primogenitus totum habeat esse contra Apostolum dicentem. Filius ergo heres: ideoque peccare primogenitum si eam consuetudinem secutus totum capiat, sequitur Baldus *in leg. sed ea. ff. de legibus.* Henricus Boic. *in cap. ex parte* 2. *in prima colum. in fine. de off. deleg.* Et idem videtur voluisse idem Baldus *in leg. omnes populi. colum.* 7. *versic. tertio quæro quæ sint illa. ff. de iust. & iure*, dum dicit quod statutum disponens, vt primogenitus succedat excluso secundo genito est odiosum, & irrationabile, ea scilicet ratione, quoniam in natura pari non debent contraria statui. Sequitur Alexander *in consil.* 118 *col.* 4. *lib.* 1. Aretinus *in consilio* 164. *diligenter & mature. colum.* 3. *versic. confirmatur ista conclusio.* Socinus *in consilio* 252. *visis instrumentis. col.* 4. *vers. septimo ad idem adducitur. lib.* 2.

Quarto cum consuetudo sit lex non † scripta, §. 12
ex non scripto. in instit. de iure naturali, gentium & ciuili. leg. de quibus. ff. de legibus. Ideo nemo potest eam inducere nisi qui condendæ legis potestatem habet, vt dicebant Alexander *in consil.* 173. *numer.* 8 *libro sexto.* & Crauetta *in consil.* 96. *nu.* 6. *&* 134. *numer.* 25. Talem autem potestatem habent Princeps, vel qui à Principe potestatem est consecutus, *leg. non ambigitur. ff de senatoribus.* tradunt omnes, *in leg. Imperium. ff. de iurisdiction. omnium iudic.* Quare priuata aliqua familia cum legem † condere non possit, nec consuetu- 13
dinem introducere potest, in terminis Angelus *in leg. vlt. colum.* 2. *Cod. de testament.* Alexander *in leg. si non speciali. post medium. versic. sed an illud. Cod. eod. tit.* Iason. *in leg. si quis à filio. §. vlt. columna* 2. *vers. adde fortius. de leg.* 1. Ruinus *in consilio* 208. *colum.* 1. *versic. præterea negari. libro primo*, vbi etiam dicit id procedere in Marchionibus & aliis quibuscunque inferio-

inferioribus Principe. Præsertim vero id dicendum cum hæc consuetudo de qua agitur sit contra ius commune, vnde inferior ius superioris tollere non potest, & consequenter nec talem consuetudinem inducere, contra ius superioris, *leg. forma C. de off. præf. præt. prætorio. c. vlt. & ibi* Hostien. & Io. And. *de off. ordin. c. cum inferior. de maiori. & obed.* Alexand. qui alios refert & dicit hanc esse communem opinionem *in l. 1. col. 1. ff quod quisq; iur.*

Quarto dato quod potestas non deesset, requiritur tamen voluntas eorum qui consuetudinem introducunt, quæ sane voluntas colligitur quando a-
14 ctus gesti fuerunt eo † animo & intentione vt induceretur consuetudo, ita Abbas *in cap. vlt. col pen. versic. septimo quæro. de consuetud.* Rocus Curtius *in tract. de consuetud. num. 364.* Decius *in cons. 402. num. 15.* Ancharan. *in cons. 339. pro maiori intelligentia. num. 3. vers. ad secundam rationem.* vbi dicit, quod si quis vult probare consuetudinem, quod exstantibus masculis fœminæ non succedant, non sufficit si probet aliquas fœminas fuisse exclusas in sed probare debet fuisse exclusas, vim consuetudinis. Ancharanum secuti sunt Ruin. *in cons. 208. n. 2. lib. 1.* Crauetta *in c. nf 1 1. num. 14. & 197. n. 11. & 226. num. 2.* Menochius *in consil 187. numer. 57. lib. 2.* Brunus *in con. 36. n. 5.* Idem responderunt Riminaldus senior & Curtius iunior quos secutus est Crauetta *in cons. pro genero. nu. 487.*

Postremo circa dictam consuetudinem illud occurrebat, quod nõ videbatur introducta esse ex hactenus obseruato succedendi modo & ordine, sed opus esse, vt constaret euenisse casus huic nostro similes, nempe contentiones fuisse de successione inter primogenitum, & alios filios, & primogenitum semper exclusisse alios, vigore dictæ consuetudinis
15 ita in terminis cõsuetudinis vnius † familiæ in modo succedendi declarat Ruin. *in cons. 19. num. 17 lib. 1.* & confirmatur ex his quæ tradunt Ancharan. *in consil. 339. n. 8.* & Corn. *in cons. 125. col. 2. lib 4.* qui responderunt quod si allegetur consuetudo excludendi fœminas per masculos, non sufficit probare quod masculi aliquando excluserint fœminas simpliciter, sed probari debet quod excluserint vi & virtute dictæ consuetudinis, & in certo casu simili illi de quo est disputatio. Ancharanum secuti sunt in his terminis Ruinus *in consil. 208. num. 2. libro primo.* Crauetta 171. *numer. 14.* Menochius *in cons. 251. num. 20. lib. 3.* vbi alios citat.

Restat tertius ille funiculus nempe patris dispositio testamento comprehensa, qua scilicet ordinauit ac mandauit primogenitum suum, & si is ad gubernationem non esset aptus proximum ab illo in comitatibus suis & terris omnibus succedere, & reliquis fratribus, qui prælaturas nõ haberent, iuxta arbitrium consiliariorum & ordinum comitatus annuas præstationes soluere, & prouincias & terras relictas diuidi non debere.

Hic igitur funiculus seu fundamentum primogeniti, videbatur nobis prima facie satis infirmum facileq; dissolui posse, quandoquidem cum hic casus contigisset inter quosdam filios Ducis Sabaudiæ, propterea quod Aymo Amedeus, & alii Duces suis testamentis prætulerant primogenitos secundo & tertio genitis in quibusdam feudis & nihilominus Philippus secundo genitos vellet in illis succedere pro sua portione, de illa controuersia interrogatus Antonius Rubeus Alexandrinus, respondit nihil ei obesse Ducum illorum testamenta, quin admitteretur ad dimidiam partem eorum bonorum feudalium (erant enim duo fratres tantum) quoniam ii fratres non venirent ex personis dictorum Ducum sed ex concessione Cæsarea vt patet *ex eius consil. 133. viso casu proposito.* allegat notata per Bartolum *in leg. vt iurisiurandi. § si lib. n. ff. de oper. liber.* & per Paulum Castrensem *in consil. 374. visis omnibus punctis colum. 2. vers. cũ ergo ista Ioanneta. libro primo.* & quod dicti Duces testari de huiusmodi feudis non potuerint vocando tantũ primogenitos & excludendo alios filios tradit Baldus *in cap. imperialem. in prin. colum. 4. vers. quæro vtrum pater. titul. de prohibita feudi alien. per Fridericum.* & Decius alios adducens, *in cons. 389. visa longa serie. colum. 1.*

Quibus omnibus adstipulatur textus *in cap. primo. de successione feudi.* vbi ita dicitur, si † quis igitur deces- 17
serit filiis & filiabus superstitibus succedunt tantum filii æqualiter vel nepotes ex eo loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente, nec non tex. *in cap 1. § 1. tit. qui feudum dare possint*, ibi, quod hodie ita stabilitum est, vt ad omnes æqualiter filios pertineat.

Item adstipulatur † ratio illa quod ius quæsitũ fi- 18
liis ex prouidẽtia primi acquirentis, & priori concessione facta non possit pater auferre absque eorum consensu *leg. id quod nostrum. ff de reg. iu. leg. si arrogator. §. sed an impuberi. vers. cæterum ff de adop.* Item quia præiudicaretur domino superiori, cuius interest habere plures subditos & vasallos qui ei fidelitatem iurent, *ca. omnes. in tit. si de feudo fuerit conten.*

Et denique authoritas eorum qui hanc sententiam in specie sunt secuti, nempe † non licere patri feuda omnia vni ex filiis relinquere aliis exclusis. 19
Nam præter superius allegatos hanc sententiam secuti fuere & sequentes.

Andreas Iser. & Iacob. de Belui. *in c. 1. tit. an agnatus vel filius defuncti &c.*

Aluarotus *in c. 1. de success. feudi* post Iserniam & Baldum ibidem.

Oldradus *in cons 237. perlectis in primo dubio.*

Federicus Senensis *in cons. 128 factum tale est, duo fratres. in fine.*

Angelus *in cons. 199.*

Io. de Anania *in cons. 37. viso puncto. in 2. dubio. num. 5.*

Petrus de Ferrariis *de forma libelli, quo agitur ad rem feudalem in verbo, nec superstitib. colu. 4. vers. ex quo infertur.*

Alexand. *in cons. 8. visis subtilissimis. colum. 4. vers. quin imo fortius lib. 3. & in leg. apud Iulianum. § si quis alicui. nu. 4. de legatis 1.*

Corneus *in cons. 199. lib. 2.*

Barbatia *in cons. 66. col. 2. lib. 4.*

Curtius senior *in cons. 25. in 2. dubio.*

Ias. *in cons. 213. in præmissa. col. 4. vers. ad prædicta. libr. secundo.*

Ruin. *in cons. 8. n. 7 lib. 1. & 25. n. 13. eod. lib.*

Oldendorpius *actionum iuris. classe 4. in actione Emphyteutica. cap. 7. in fine.*

Zasius *de feudis in 8. parte. in tertia particula. vers. & hanc partem.*

Socin. iun. *in cons. 160. n. 44. lib. 1.*

Clarus *in § feudum. q 40. vers. secundo infertur.*

Panciroli *cons. 1. n 11.*

Iacobinus *in inuest. feud. in verb. & cum pacto quod de dicto feudo n. 13. & 14.*

Postremo ita nobis respondendum videbatur, quia etsi hæc omnia quæ hactenus allata sunt pro fratre iuniore ad diuisionem prouocante dubia essent, in dubio tamen ita pronunciandum est † vt 20

æqualitas seruetur. In dubio enim tenenda est opinio per quam fratres ad æqualitatem reducuntur. Socin. *in leg. cum accus. col. 2. ff. de cond. & dem. & in cons. 108. in fine. libro tertio.* Marianus pater ipsius *in consil. 4. visis actis. ad finem.* Corneus *in cons. 309. libr. 1.* Castr. *in auth. hoc inter liberos. col. 1. vers. in contrarium facit. C. de testam.* Parisius *in cons. 24. n. 13. lib. 2.*

Quibus ita se habentibus altera quæstio videbatur consequenter definienda, in fauorem fratris supradicti iunioris, quod scilicet maior natu teneretur ei rationem reddere accepti & expensi. Nam hæc posterior à priori dependet, ita vt si præsupponatur fratrem maiorem natu ad diuisionem prouocari posse, atque adeo bona ipsa quæ possedit hactenus annorum duodecim spacio fuisse cōmunia, dubitandum minime sit, quin cum illa administrauerit solus, teneretur reddere rationem suæ administrationis,
21 & reliqua restituere. Omnis enim † administrator tenetur reddere rationem *Lucæ cap. 6. cap. qualiter & quando. 2. de accusatio.* Ita in socio qui socii negocia tractauit. Iason *in cons. 4. numer. 1. libro primo.* Socin senior *consil. 24. colum. 2. libro primo.* In fratre qui bona fratris administrauit, idem Socinus *consilio 231. colum. 1. libro secundo.* Decius *in consilio 255. numer. 2.* Marsilius *sing. 491.* Crauetta *in consilio 159. num. 6.* Et generaliter in omni administratione, Iason *in l. si præses. num 3. Cod. de transact.*

Ratio est in specie nostra, quia iudicio communi
22 diuidundo teneretur frater maior † partem fratri iuniori dare non solum bonorum ipsorum, sed etiam fructuum & accessionum, & de omni eo quod ad eum peruenit, *leg. 3. ff. comm. diui. leg. 4. leg. 6. §. 1. leg. 7. ff. eodem tit.* Consequenter rationem ei reddere teneretur, omnium, quæ ad eum peruenerunt ex rebus communibus, atque adeo accepti & expensi.

Verum istis non obstantib. & similibus quæ possent adferri contrarium deciditur, nempe filium natu minorem prouocare non posse ad diuisionem alterum fratrem primogenitum, & consequenter, nec rationem petere accepti & expensi, & sic in summa primogenitum succedere debere in comitatibus, de quibus in Themate proposito, iuxta paternam dispositionem, iuxta consuetudinem antiquam, quæ hactenus fuit in successionibus dictorum feudorum & comitatuum, & iuxta ipsius iuris feudalis censuram: quæ omnia ita plana & manifesta efficiemus refutatis omnibus in contrarium adductis, vt nullus dubitationi locus relinquatur.

Exordiemur autem à iure feudali, tum progrediemur ad consuetudinem, & postremo ad patrisfamilias dispositionem, quibus tribus funiculis optime defendi ac sustentari posse credimus primogeniti, de quo agitur, iura & diuturnam possessionem.

Quod attinet ad ius feudale, quod solus primo-
23 genitus succedat in dictis † comitatibus cæteris aliis exclusis, probatur *ex cap. imperialem. §. præterea ducatus. de prohibita alienatio. feudi per Fridericum.* Nam cum textus dicat. Præterea Ducatus, Marchia, Comitatus, de cętero non diuidantur, ita hanc sententiam accipere debemus, vt ideo non diuidantur, quoniam solus primogenitus filius in eis succedat. Id probatur ex communi doctorum interpretatione quæ fundamentum habet in ratione naturali & politica. Etenim Baldus in primis in commentariis illius loci ita ratiocinatur & inquit. Nota quod feuda Principatuum nō diuiduntur, & est ratio, quia vt dicit Euangelium. Omne regnum in seipsum diuisum desolabitur, item dicit Aristoteles 12. *Metaphysicor. in fine.* Entia nolunt male disponi, nec bonorum pluralitas principatuum. Vnus ergo principatus esse debet &c.

Idem scribit eodem in loco Iacobus Aluarotus qui aperte sentit, vnum duntaxat Principem, & dominum esse debere. Et licet non dicat primogenitum solum succedere, tamen id ratio dictat vt potius succedat primogenitus quam alius secundo genitus.

Primo, quia primogenitus prudentius præsumitur regnum administraturus tanquam senior, secundo quia ita natura comparatum est, vt maiores natu imperent, præsint, dominentur, minores vero seruiant, subsint, obediant, qua de infinita suppeditat argumenta ac testimonia Tiraquellus *de iure primogenitorum, in præfatione. nu. 79. & sequentibus.* quæ si hic adferremus nimis longum faceremus. Et ideo Andreas Isernia *in commentariis eiusdem loci.* de huiusmodi feudis dignitatum loquens ita dicit. Hæc non diuiduntur, sed maior natu succedit, refert & sequitur Alex. *in cons. 25. n. 13. lib. 5.*

Et hæc est communis omnium doctrina & interpretatio, quod nimirū solus primogenitus succedat in eiusmodi feudis dignitatum quæ confirmatur etiam *ex cap. licet. iuncta Glo. vlt. de voto.* in illis verbis, iure quod tibi, si dictus rex sine prole decederet in regno Vngariæ, competebat ordine genituræ, priuandum &c. Ita inquam omnes docent præter superius allegatos, idem Alexander *in cons. 87. colum. 1. lib. 6.* Barbatia *in cons. 14. col. 3 lib. 4.* & inter consilia Curtii senioris *in cons. 67. colum. 10. 11. 12.* Corneus *in consil. 199. col. 18. libro 2.* Socinus *in consil. 67. colum. 7. libro 1. & 165. col. 8. libro 2.* Felin. *in c. quæ in ecclesia. colum 35. vers. hanc declarationem limita. de consti. & in c. prudentiam. num. 6. versic. vbi vero est dignitas. de off. delegati.* allegat etiam Gloss. *in c. si heredes. de testam. sequitur* Affl. *in dict. §. præterea. post princip.* Iason *in præfatione feudorum. colum. pen.* Ludouicus Bologninus *cons. 62. colum. 4.* Ancharanus *in cons. 339 per totum* Cardinalis Florentinus *cons. 119. vbi adducit tex. in dict. §. præterea ducatus.* Tiraquellus *de iure primogenitorum. quæst. 4. nu. 22.* Oldrad *cons. 137.* Crau. *cons. 155. nu. 1.* Parisius *cons. 23. num. 137. lib. 1.* Vasquius *de success. creatione §. 26. limit. 31. num. 93* Menochius *in cons. 158. n. 71. lib. 2. & 504. nu. 9. lib. 6.* vbi respondit in materia comitatus & feudi Mirandulæ & concordiæ. Hæc de iure feudali ex communi & vera doctorum sententia attulimus.

Sequitur vt alterum caput aggrediamur, consuetudinem scilicet, quę perpetuo fuit & est, vt in feudis de quibus nostra est consultatio primogenitus succedat & reliquis fratribus vel agnatis non possidentibus pręlaturas annua quædam præstatio tribuatur. Hic est secundus ille funiculus de quo in themate fit mentio, qui & per se fortissimus est ac indissolubilis, & alios funiculos nempe, qui ex iure feudali & ex paterna dispositione descendunt confirmat atque corroborat. Nam vt recte dicebat Afflict. *in d. §. præterea ducatus.* duobus modis accipi potest, id quod ibi dicitur Ducatus, Comitatus &c. diuidi non posse, vno modo, quia scilicet ab omnibus possideri debeant pro indiuiso. Altero modo quod ad solum primogenitum pertinent, & vbi talis est consuetudo, ita debet accipi, vt solus primogenitus succedat. Idem sentit eodem in loco Andreas Isernia *post principium.*

Cæterum

Cæterum vt ostendamus quantum habeat momenti hæc consuetudo, vt solus primogenitus succedat tria breuiter præstabimus. Primum in genere planum faciemus consuetudinem, quæ viget vt primogenitus parenti succedat, in bonis præsertim feudalibus valere & subsistere. Secundo demonstrabimus in specie eam, de qua hic agitur, cõsuetudinem valere & obtinere. Tertio ad casum nostrum etiam se extendere, ita videlicet, vt non sit necesse probare fuisse in contradictorio iudicio obtentũ à primogenito contradicentibus, & contendentibus alijs fratribus, & ad diuisionem prouocantibus.

Quod igitur consuetudo in genere, quæ solum primogenitum ad successionem vocat, de iure subsistat, & valida sit, probatur iure diuino, canonico, ciuili, ratione, authoritate doctorum, & moribus omnium fere populorum ac gentium.

Iure diuino, vt habetur in Deuteronomio *c.* 21. & Genesis 25. & 27. Vende mihi primogenita tua & Paralipomenon *cap.* 21. Regnum autem tradidit Ioram quod esset primogenitus. *& alibi.* iure canonico *vt in c. licet. de voto. c. quam periculosum* 7. *q.* 1. & ibi notant Glo. & doctores omnes iure ciuili. *vt in c. Imperialem. §. præterea ducatus. de prohibita feudi alienatio. per Frideric.* de qua superius multa diximus, iuncta tamen doctorum communi interpretatione qua supra. Ratione autem probatur, quia ratio dictat, vt in his, quæ sunt dignitatis & iurisdictionis vnus tantum succedat, & magis primogenitus, quam alius. Rationi esse consentaneum, vt vnus ista regat, possideat & administret facile demonstrari potest, tum ex parte rei, tum ex parte subditorum, tum quia dominatus varius sit naturæ magis consentancus & cæteris omnibus anteponendus, ex parte rei: Nam, multos imperitare malũ, Rex vnicus esto, iuxta sententiam Aristotelis, & omne regnum in se ipsum diuisum desolabitur, iuxta Domini nostri sententiam, in apibus princeps vnus est, & grues vnam sequuntur, imperator vnus, iudex vnus prouinciæ. Roma vt condita est, duos fratres simul reges habere non potuit. *c. in apibus* 7. *q.* 1. Subditorum autem interesse ne plures habeant dominos dicit Hostien. *in c. dilecti. de maior. & obed.* Expedit enim multitudini, vt ab vno regatur *l.* 2. *§. nouissimo ff. de orig. iur.* quia nemo potest duobus dominis seruire, vt Deus optimus maximus testatur *Matthei* 6. *& Lucæ* 16. & repetitur *in c. acutius.* 26. *distin.* & in eandem sententiam Andreas Geil. *lib.* 2. *obser.* 153. Ex re imperii, inquit, eiusque dignitate magis foret, adeoq; ad conseruationem magnatum familiarum & gentilitatis splendorem pertineret, si huiusmodi feuda indiuisa manerent, eiusq; primogenitura locum obtineret, alijs vero consortibus, aliunde ex fructibus & peruentibus bonorum feudalium aut propriorum prospiceretur. Plerunq; enim principales familiæ ex crebra & toties repetita diuisione, si non plane intercidunt, saltem ita attenuantur, vt pro dignitate statum & conditionem suam tueri amplius non possint: & post pauca: Auorum, inquit, nostrorum memoria, feuda dignitatũ, apud vnũ ex familia, præsertim seniorẽ sarta tecta semper cõseruata sunt, quia prudenter cõsiderarunt nihil esse tam magnum, quod diuisione paruum non fiat, vt notat tex. *auth. de triente & semisse.* § 1. Baldus præclare *in auth. hoc amplius. C. de fideicomm. num.* 8. vbi dicit expedire multitudini regi ab vno. *l.* 2. *§. nouissime. ff. de orig. iur.* Hæc & alia in eandem sententiam plura deducit eo in loco Geil. Porro vnius gubernationem quam multorum esse potiorem & naturæ magis consentaneam ostenderunt multis argumentis Caietanus *in libris quos de regno conscripsit.* Pontanus *in libris de obedientia.* Celius Rhodiginus *lectionum lib.* 13. *cap.* 27. ex nostris Lucas Penna *ad l. vlt. C. de delato. lib.* 10. Albericus *in proœmio digestorum. §. discipuli.* Antonius Corsettus *in tract. de potestate & excellentia Regis.* 74. *quæst.* Tiraquellus *de iure primogen. quæst.* 4. *n.* 25. *& seq.*

Quod vero primogenitus in eo regimine sit præferendus patet, quia est senior, *argumento l. semper. ff. de iure immun.* semper in ciuitate nostra, inquit I C. senectus venerabilis fuit, & Plato *lib.* 9 *de legibus.* seniorem, inquit, nõ paruo interuallo iunioribus præponendum esse, & apud Deos, & apud homines qui feliciter victuri sunt. Præsumendum est enim in dubio prudentiam atque sapientiam, atque in vniuersum animi virtutes, virésque cum ætate crescere, vt quo quisque senior † est eo præsumatur prudentior, 24 vt animi virtutibus superior, vel testimonio *Iob.* 12. dicentis, in antiquis est sapientia, & in multo tempore prudentia. *& cap.* 32. Annorum inquit multitudo docet sapientiam: & Ecclesiastici *cap.* 15. quam speciosa veteranis sapientia & gloriosus intellectus, vnde ex nostris Bald. *in c.* 1. *de rerum.* plus valet vmbra senis quam arma iuuenis, cuius rei rationem & causam ex Aristotele, Platone & alijs antiquis & probatis scriptoribus adfert Tiraquellus plena manu hoc argumentum tractans & sententiã hanc confirmans *de iure primogen. in præfatione. num.* 90. cum multis sequentibus, quæ nos describenda atque huc transferenda non putauimus.

Cum igitur & iuri diuino & canonico & ciuili, & rationi cõsentanea sit cõsuetudo, de qua loquimur, nullum dubium esse potest, quin de iure valeat & consistat.

Nec desunt grauissimi viri & doctissimi, qui his & alijs argumentis adducti eam esse validam & † ser- 25 uandam pronunciarunt. Inprimis ita respondit Oldradus *in cons.* 137. *& in cons.* 94. deinde Io. Andreas *in c. sine culpa. in vlt. quæst. de reg. iur. lib.* 6. in Mercurialibus vbi dicit talem consuetudinem fundari super æquitate, ne videlicet tandem patrimonia per filiorum diuisiones attenuentur, exinaniantur, & ad nihilum reducantur, *arg. c. maioribus de præben. c. ex literis. de pigno. c. vlt. de concess. præben. l. ne in plures. ff. de exercito.* & quia respublica appetit subiectos fore locupletes. *§. cogitatio. in authen. vt iud. sine quoquo suffragio.* Item Baldus *in cons.* 389. *lib.* 2. ita exorditur. Consuetudo est in nonnullis regnis, & est rationabilis & præscripta, quod primogenitus succedat, &c. & *in cons.* 275. *quod pro regula in feudis traditur. col.* 2. *vers. consuetudo igitur potuit. eod. lib.* dicit, consuetudinem ita disponere posse, vt solus succedat primogenitus, vt hoc videlicet priuilegium sibi vendicet primogenitura, per notata *in c. licet. de voto. & in consil.* 360. *eod. libr. dicit,* consuetudinem aliquid insigne concedentem primogenitis valere propter honorem familiarum & primogenituræ. Rursus idem *in l. in quibus. col.* 2. *vers. pone consuetudo dictat. C. de secundis nup.* dicit hanc consuetudinem esse approbatam de iure diuino. Idem scribunt Iacobus Aluarotus, Martinus Laudensis, & Cardinalis Alexandrinus *in capit. mulier. titul. si de feudo fuerit controuersia,* vbi ipsi Aluarotus & Cardinalis dicunt hanc consuetudinem valere & esse tenendam licet videatur dura.

Io. Calderinus *in conſ. 17. ſtatuto. tit. de conſtitut.* Panormitan. *in conſ. 12. caſus talis eſt magnificus. col. 3. verſ. ſed & dubium. libr. 1.* Alexander *in conſ. 87. poſt principium li. 6.* Guilielmus Benedictus *in c. Raynutius. ver. in eod. teſtamento relinquens. 1. n. 158. & iterum 163. in fine.* Guido Papæ *conſ. 131. circa proceſſum diuiſionis. in tertio dubio.* Iacobinus à ſancto Georgio *ad l. cum antiquioribus. col. pen. verſ. ſed an valeat. C. de iure delib.* Bertrandus *conſ. 78. viſo conſultationis themate. col. 1. lib. 3.* vbi dicit hanc conſuetudinem eſſe iuſtam & rationabilem, alios citat Tiraquellus *de iure primogenitor. quæſtione 4. num. 13.*

Huc accedat denique conſuetudinem iſtam fe-
26 re † vbique terrarum eſſe receptam. Nam in Gallia præſertim inter nobiles ea eſt conſuetudo vt in ſucceſſionibus longe melior ſit conditio primogenitorum quam cæterorum, teſte Tiraquello *de iure primogen. in præfatione. num. 3.*

Eadem viget in Hiſpania vt colligitur ex Oldrado *in conſ. 94. col. vlt.* & Panormitan. *conſ. 85. lib. 1.* Decio *conſ. 397. col. 2.*

In Luſitania quoque quam Portugalliam hodie appellant idem obtinere colligitur *ex c. grandi. de ſupplen. negl. prælato.* Decio *in conſ. 443. in principio.* ſicut in Vngaria teſtis eſt ſummus Pontifex *in c. licet de voto.*

Sed in Anglia, in Apulia, in regno Siciliæ, apud Allobrogas quos Sabaudienſes vocamus, apud Inſubres, apud Ægyptios, apud Græcos, Macedones, Troianos, Perſas, Syros, Parthos, Numidas, & Germanos illos, qui quinque ſimul conſulares exercitus populi Romani fuderunt ex Cornelio Tacito de moribus Germanorum. Apud hos inquam & apud alios populos gentes & nationes idem factitatum & obſeruatum fuiſſe, vt primogenitus in ſuccedendo potior haberetur ex infinitis propemodum antiquitatum monumentis ac teſtimoniis demonſtrat Tiraquellus *loco ſuperius notato, in præfatione à n. 3. vſque ad num. 35.*

Quare cũ hæc, de qua agitur, cõſuetudo & rationi conſona ſit & iuri, & ab omnibus ita approbetur, illam valere & ſeruandam eſſe proculdubio nobis videtur.

Sequitur vt iuxta ordinem præmiſſum illud etiam oſtendamus, cõſuetudinem illam ſpecialem de qua noſtra eſt conſultatio ſimiliter valere & obtinere. Id autem ſequentibus argumentis facile probari ac demonſtrari poſſe exiſtimamus.

Illud primum eſt quod de genere ad ſpeciem ſumi poteſt, nam ſi conſuetudo generatim valet, per quam primogenito ſucceſſio debetur nihil proponi poteſt, cur & hæc de qua agitur valere non debeat.

Secundum autem argumentum (vt ſpecialiter agamus de ſpeciali noſtra conſuetudine omiſſa illa generali) ſumitur ex eo, quod inter omnes conſtat ſi conſuetudo ſit in aliqua familia illuſtri, & quæ iuriſdictionem habeat, vt in caſu noſtro, in qua certus modus circa ſucceſſionem obſeruetur, talem † con-
27 ſuetudinem valere & ſeruandam eſſe. Hoc dictum Alexandri Imperatoris eſt *in l. ſi non ſpeciali. C. de teſtament.* quod Franciſcus Duarenus *in tract. feudor. cap. 10. num. 8.* dicit allegatum fuiſſe à Carolo Borbonio contra auiam Henrici Regis, cum quæreretur an vſitata in familia illuſtri conſuetudo valeret contra generalem Regni conſuetudinem. Alexander ait valere. Atque ita omnium primus docuit Io. Andr. *in additione ad Specul. tit. de inſtrumento. editione. §. compendioſe. verſ. ſed nunquid dicemus. in additione paruæ in ſi... te.* Interpoſuit Obertus hoc verbum *progenie.* referunt & ſequuntur Angelus & Imola *in l. 3. ff. de teſtam.* Iaſon *in l. omnes populi. nu. 42. ff. de iuſt. & iure.* vbi dicit ſe ita reſpondiſſe in oppido Carauagii in familia Siccorum, apud quos erat cõſuetudo, vt fœminæ nõ ſuccederẽt & ita reſpondit *conſ. 46. li. 1.* Idẽ Iaſon *in l. ſi quis à ſilio. §. ſi partis, n. 4.* & ibidẽ Zaſius *de lega. 1.* Idẽ Zaſius *in conſil. 1. num. 34. lib. 2.* Ruinus *in conſ. 38. num. 6. lib. 1.* vbi reſpondit de conſuetudine familiæ illuſtris Pallauicinorum *& in conſ. 40. num. 11. eod. lib.* Et Brunus *in conſ. 11. num. 4.* Boerius *quæſt. 115. num. 29.* Pariſius *in conſ. 26. n. 97. lib. 2. & 72. n. 2. lib. 4.* Socin. iun. *in conſ. 65. n. 34. li. 1.* Socinus ſenior *in conſ. 61. n. 5. lib. 3.* Natta *in conſ. 503. n. 15. li. 3.* Pancirolus *conſ. 1. n. 99.* Antonius Gabriel. *comm. concluſ. tit. de conſuetudine. concl. vlt. num. 3. & num. 7.* Tiraquell. *de iure primogen. quæſt. 16. num. 4. & num. 7.* Menochius *in conſ. 251. num. 18. lib. 3. & 443. num. 59. lib. 5.* Baldus *in conſ. 347. quæro quidam nobiles. lib. 1. col. 1. verſ. item ſi valeret.* vbi dicit conſuetudinem domus nobilium eſſe ſimilem conſuetudini oppidi. Nam magna parentela, inquit, & oppidum inſtar habent paruæ ciuitatis ſecundum Ariſtotelem.

Tertium argumentum ſumitur ex eorum authoritate, qui nominatim reſponderunt conſuetudi-
nem iſtam † valere in familia & agnatione aliqua 28
receptam vt primogenitus ſuccedat. Ita enim reſpondit Guido Papæ *in conſ. 131. num. 7.* vbi rationes adfert in hæc verba. Ad ſextum quæſitum ſi illa conſuetudo quod primogenitus ſuccedat in totum, potuerit introduci in vna agnatione, credo quod ſic, per ea, quæ dicit D. Raymundus, &c. vbi dicit, quod ſi mulieres frequenter vſæ ſunt inter ſe aliquo actu cõtra legem, & diuturno tempore, verbi gratia quod primogenita ſuccedant in toto, illa conſuetudo debet inter eas ſeruari, non tam ex conſenſu earum quam ex conſenſu totius populi vel maioris partis, qui ſic patiendo videtur tacite conſentire *arg. l. de quib. & l. quod maior. ſupra alleg.* item quia videmus, quod certa pars populi vnius ciuitatis poteſt ex ſua parte conſuetudinem inducere, vt tenet Guilielmus de Cuiac. *in l. ingenuum. ff. de ſtatu homin.* quia cum tota ciuitas poſſit, quoad totũ, ergo pars, quoad partẽ, *l. q̃ de tota. ff. de rei vendic. l. ſi duo. ff. de admi. tut.* quia illi de dicta agnatione cẽſentur pars populi. Et ꝙ valeat, & ſit ſeruãda cõſuetudo vnius ꝓgeniei vel familiæ, tenet Angel. &c. Idem ẽt dicit Andreas de Iſernia. *in §. præterea ducatus.* Hæc & alia multa in hanc ſententiam ibi refert Guido Papæ. Idem reſpondit in terminis huius, de qua agitur, conſuetudinis vnius familiæ vt primogenitus ſuccedat. Pariſius *in conſ. 72. num. 2. & num. 19. lib. 4.* refert & ſequitur Andr. Tiraquell. *de iure primogen. q. 16. num. 4.*

Quartum argumentum eſt ex eo quod conſuetudo iſta, de qua noſtra eſt conſultatio & reſponſum, non ſolum fuit diu obſeruata, verum ẽt vltra hominum memoriam, ſicuti nobis præſupponitur. Hoc
enim poſito dicitur habere talis conſuetudo † vim 29
decreti & priuilegii. *l. 1. § final. ff. de aqua plu. arcen. l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotidian. & æſtiua. l. viros. C. de diuerſ. off. lib. 12. c. contra morem. diſtinct. 100. & ſuper quibuſdam. §. præterea. de verborum ſignificationib. c. 1. de præſcriptionib. libro ſexto.* Socinus iunior *in conſil. 65. numer. 31. libr. 1.* Andreas Geil. *libro primo, obſeruation. 83. numer. 6. & 7.* Et quod conſuetudo temporis immemorabilis vim habeat ...

à principe legitime concessi sexcentis authoritatibus probatur, quas Antonius Gabrielius adducit *li.5. commun. concl. tit. de præscriptionib. concl. 21. per totam, vbi latissime.*

Quintum argumentum oritur ex alia circumstantia particulari quæ considerari potest in præsenti specie, quod videlicet consuetudo ista vt primogenitus succedat approbata fuerit à populo. Nam subditi ante annos duodecim huic fratri iam regenti iurauerunt, & eum in dominum solum agnouerunt & admiserunt, & credibile est idem fecisse cum ante cessores rexerunt & in Comitatibus successerunt. Vbi vero consuetudo vnius familiæ ap-
30 probata est à populo, siue † maiori parte populi, tunc illa sequenda est ex traditis per Bartolum *in repet. leg. 2. C. quæ sit longa con. uet. colum. 7. versicul. deinde quæritur quorum consensus.* refert & sequitur Tiraquell. *de iure primogen. q. 16. n. 8.*

Sextum argumentum est illud: quod videlicet Comitatus, de quo agitur, propter grande æs alienum à parente conflatū, duos comites alere nō possit & præterea Cæsareæ Maiestati ac imperio impositiones dare, nec non dotes soluere, & splendorem ac nobilitatē conseruare, cum tamen olim Electores ac Principes ex tali primogenitura venerint, & denique in tres partes deberet diuidi, sunt enim tres fratres, atque ita ad nihilum fere redigeretur. Quamobrem vt consuetudo illa in præsenti specie inuiolabiliter seruetur qua primogenitus totum cōsequatur comitatum, iuri & æquitati maxime consentaneum est. Faciunt huc tradita per Andr. Geil. *lib. 2. obseru. 152.*

Septimum ac postremum argumentum est quod primogenitus est iam in possessione per duodecim annos, est reus, & mater piæ memoriæ fratris iunioris hoc ipsum non litigauerit, sed ex grauibus causis etiam ratum habuerit. Est autem hæc iuris regu-
31 la vt in dubio † sit pronunciandum in fauorem rei conuenti. *c. vlt. de sent. & re iud. l. fauorabiliores. de regul. iur.* Item pro possessore in dubio est iudicandum. *capit. ex literis. de probation. cap. ne à sede de præbend. in 6. §. commodum. inst. de interdict.* Bartol *in leg. prim. § ne autem ff. de bonor. poss.* ff. textus insignis *in l. g. si debitor. prima. & ibi* etiam Ripa *ff. de pignoribus.* Denique certum est tutorem posse de rebus pupilli disponere & contrahere valide, ita vt ratum habere debeat ipse pupillus maior factus Castrensis *in leg. restitut. §. pupillus. numer. primo. ff. ad Trebell. per text. in l. post mortem § 1. ff. quando ex facto tutor. & leg. cum qui. §. si actori. ff. de constitut. pecun.* & clarius id probatur *in leg. apud Iulianum. §. contractum. versicul. ego puto. Digest. quibus ex causis in possession. eatur.* Nec in casu isto dici potest locum esse in integrum restitutioni aduersus ipsam tutricis ratihabitionem, quia nulla est læsio cum id fecerit ipsa tutrix, quod facere tenebatur, & sic non est restitutioni locus vbi iure communi minor est vsus. *l. vlt. C. de in integ. rest. min.*

Restat tertius articulus à nobis breuiter explicandus circa eandem consuetudinē de successione primogeniti. In quo ita concludendum est non requiri ad inducendam hanc consuetudinem vt in contradictorio iudicio alias fuerit obtenta, licet enim
32 consuetudo † quæ iam inualuit ex sententia iudicis confirmetur, & etiam declaretur ac probetur. *l. cum de consuetud. ff. de legib.* tamen sententia iudicis non facit consuetudinem, sed illa inducitur ex tacito consensu populi frequenti, assiduo, & longæuo vsu inueterato *l. de quib. ff. eod.* Iacob. Cuiac. *lib. 20. obser. 1.*

& hæc est communis doctorum sententia Bald. *in cons. 210. casus talis est, lib. 1.* Socin. *in cons. 99. col. 2. vers. & licet illa consuetudo. lib. 1.* Corneus *in cons. 293. colum. 3. vers. non enim obstat, quod non fuit obtenta. lib. 1. & cons. 155. col. fin. lib. 4.* Abb. *in cons. 73. col. penultim. in tertio dubio. lib. 2.* Cœpolla *in cons. 32. in fine.* Iason *in cons. 46. col. 2 lib. 1.*

Itaque in hoc proposito egregia est doctrina Andreæ de Isernia *in d. c. Imperialem. §. præterea ducatus. de prohib. feud. aliena. per Frideric. colum. 2. vers. sed quomodo probabitur.* vbi ita dicit sed † quomodo probabitur 33
quod viuitur iure Francorum: primo debet attendi si illi de domo illa sunt in quasi possessione sic viuendi iure Francorum quod primogeniti scilicet successerint, tunc onus probandi incumbet alteri fratri *arg. ff. de probat. l. si filius.* & per ea quæ not. gl. *C. qui accu. nō pos. l. non ignorat.* sic ille.

In præsenti autem specie certum est non solū primogenitos huius familiæ vt nobis præsupponitur successisse, verum etiam ita fuisse vltra hominū memoriam obseruatum Itaq; fundatam habet intentionem frater maior ex tam inueterata & laudabili consuetudine.

Superest vt de tertio funiculo verba faciamus: nēpe de paterna dispositione, vt primogenitus in his comitatibus succedat & aliis certa portio præstetur. Est igitur quæstio grauis & perplexa inter doctores, vtrum in feudis valeat ordinatio & dispositio testatoris vt videlicet in eis solus primogenitus succedat, & qui negantem sententiam sunt amplexi adducti sunt ex c. 1. de succes. feudi. ibi, *nulla testatoris ordinatione valente,* & quia filii æqualiter succedunt in feudis & ius quæsitū est ꝙ proinde illis auferri nō potest vt supra dictum est. Cæterum qui sententiam affirmantē amplexi fuere respondent illud locum habere quando pater in extranei fauorem disponeret de feudo, sed si in fauore † filii sui, secus, & licet æqualiter succe- 34
dant omnes filii in feudo, nihil obstat, quia etiam ius patronat⁹ ad omnes liberos ab intestato pertinet, & tamen potest pater vni ex liberis illud assignare. *l. 1. ff. de assig. liber.* similiter si quis rogatus sit post mortem suam aliquā rē relinquere familiæ vel in familia pōt vnum de familia eligere. *l. vnum ex familia. §. penu.* ibi, *verum est enim eum in familia reliquisse licet vni reliquerit. de leg. 3.* Item mulier ea quæ consecuta est à primo viro tenetur reseruare filiis primi matrimonii, potest tamen vnum eligere quem velit & alios excludere. *l. 2. C. de secund. nupt* & licet illa lex correcta fuerit per auth. *Lucrum.* ibi positam, tamen ratio correcta nō fuit. Ita responderunt ac docuerunt Spec. *tit. de locato. §. nunc aliqua. vers. 78.* Iac. Ardizon. *in summa. titu. quib. mod. feud. amit. §. ad prædictum.* Bal. *in auth. si quas ruinas. col. 4. vers. iuxta hoc quæro. C. de sacrosanct. eccl. & in c. 1. §. & quia vidimus. col. 2. vers. sed quæro de vno. tit. qui feudare possunt.* Imo. *in l. si domus. § vlt. ad finē. de leg. 1.* Ancha. *in cons. 143 pro domina Paula. in primo dubio.* Castr. *in consil. 179. in causa quā magnificus. lib. 1.* Rom. *in cons. 35. visa facti serie. in vltimo dubio.* Barbat. late *in cons. 66 afferam in mediū. col. 5. vers. & licet ista sint. lib. 4.* Alex. *in cons. 12 col. 2. vers. fortificari li. 5. & in cons. 27. col. 1. eod. lib.* Marian. *in cons. 25. Dominus Franciscus. col. 4. vers. verum his & simil. lib.* Guilielm. Benedict. *ad cap. Raynutius. in verbo. in eodem testamento relinquens. num. 186. de testam.* Decius *in consil. 194. viso tenore. ante finem.* Gozad. *in consil. 25. in hac causa. col. pen. vers. septimo.* Fely. *in c. prudentiā. col. 3 de off. deleg.* Ias. *in cons. 236 an Rex Romanorum. col. pen. ver. pro ea parte. lib. 2. & in cons. 107. in præsenti. col. 3. vers. ad idem bene facit. lib. 4.* Tiber. Decian. *in cons. 1. n. 157. li. 3.* Crau. *in cons.*

in consil. 156. col. 1. vers. tamen in casu nostro. Molinæus ad Alexand. *in cons. 8. lib. 3. in additione quæ incipit lagat.* Olascus *decis. 161. num. 6.* Menochius *in cons. 158. num. 65. & num. 71. lib. 2.*

Nos tot ac tantorum patrum sententiam in præsenti specie secuti sumus ac sequimur, iis duabus rationibus potissimum perpensis, primum quod in casu nostro consuetudo illa præsupponitur de qua supra disputatum est, vt primogenitus succedat, deinde quod hic agitur de feudo dignitatis, quod ad ipsum primogenitum de iure spectat: vnde nihil vetat quo minus pater in testamento idem de eo statuat, quod iure ipso constitutum est, nempe vt † ad primogenitum perueniat, atque in huius sententiæ confirmationem perpendimus responsum Pauli Castrens. *in dicto cons. 179. lib. 1.* sic enim ait, postquam sententiam firmauit, quod valeat talis dispositio testatoris. Nam cum obstare videretur tex. *in c. 1. de success. feudi.* vbi dicitur non valere dispositionem paternam in feudis, ita respondit Paulus Castrensis, vel melius potest dici, si volumus concordare dictum Speculatoris cum illo textu, quod in personam extranei non potest disponere, vt in dicto textu, sed in personam vnius ex filiis sic, maxime quando pro bono hoc facit, & quando ex hoc resultat vtilitas publica, vt contingit quando est feudum iurisdictionale ciuitatum, castrorum vel terrarum, quia vtilius est subditis regi per vnum quam per plures. *leg. 2. §. nouissime. ff. de origine iuris 7. quæstione 1. cap. in apibus.* & propter discordias, quæ inter plures præsidentes possunt oriri ratione communionis. *l. cum pater. §. d. l. ipsi mu. de leg. 2.* vnde etiam si non esset hoc æquum, quod alii priuentur iure suo, quia tamen est bonum, propter bonum quod inde sequitur, debet tolerari, propter consuetudinem (Nota) quæ solet esse in dominiis terrarum, vt primogenitus succedat. Nam sæpe accidit vt quis priuetur iure suo sine sua culpa, sed non sine causa. Hactenus Castrensis. Item perpendimus locum illum Menochii consultatione *cons. 158. num. 71. libr. 2.* vbi & ipse deducit testatoris dispositionem valuisse, qui primogenituram constituit, quia de feudo dignitatis agebatur, quod ex iuris dispositione ad solum primogenitum deuolutum. Cum enim ipso iure communi inspecto feudum sit deferendum primogenito, sequitur dicendum, multo magis deferendum, si & ita paterfamilias ordinauerit, quia talis dispositio iuri consentanea valet. Ruinus *in consil. 25 num. 12. lib. 1.*

35 tuat, quod iure ipso constitutum est, nempe vt † ad

Quibus ita se habentibus haud quaquam difficile erit ad argumenta respondere, quæ nos prima fronte in contrariam sententiam inducebant.

Etenim quod primo loco dicebatur feuda iure communi inspecto diuisibilia esse, & ad omnes filios defuncti æqualiter pertinere, nihil obstat, quia id non procedit in feudis dignitatum, veluti Ducatus, Marchionatus & Comitatus. *vt in c. Imperialem §. præterea ducatus. de prohibita feudi alien. per Fridericum.*

Eo dum dicebatur id non seruari de consuetudine Germaniæ, Italiæ & aliarum prouinciarum: respondetur in specie nostra particulari obseruari, atque adeo consuetudine receptum esse, vt vltra hominum memoriam semper primogenitus successerit in [illegible] de quibus agitur, quamobrem specialis hæc [illegible] consuetudo præualere debet,

36 & [illegible] derogat, quia † generi per speciem derogatur. [illegible] *de regul. iuris. lib. 6. l. vxorem. §. testamento. l. seruis vrbanis. § penult. de leg 3. l. sanctio legum ff. de pœnis. c. 1. de const. [illegible] lib 6.*

Quod vero secundo dicebatur regulam [illegible] feudalis locum non habere, vbi sunt plura feuda, & plures comitatus, non autem vnus duntaxat, quia tunc vnum assignari potest vni, alterum alteri [illegible], vt in argumento: non obstat primo, quia [illegible] probatum hæc traditio. Secundo communi [illegible] rum sententiæ repugnat, quæ diuisionem [illegible] in talibus feudis. Tertio quia solus primogenitus de iure succedit in huiusmodi feudis, vt supra demonstratum est: consequenter [illegible] simul consistere non possunt, vt primogenitus solus succedat, & vt sit facienda diuisio. Quarto quoniam in hoc [illegible] su vetustissima consuetudo, memoriam hominum excedens, & paterna dispositio, & [illegible] rationes, & circumstantiæ diuisionem impediunt.

Quod vero tertio loco dicebatur diuisi feuda posse saltem quoad administrationem & exercitiū, procedere potest in feudis simplicibus, quæ videlicet non sunt feuda dignitatum, [illegible] Comitatus, Ducatus & similes, vt hic, licet sint iurisdictionis. Nam in feudis dignitatum iurisdictio [illegible] exercitium non diuiditur, vt nec feudum ipsum [illegible] ne cuius competit, vt expressim voluit Baldus *in dicto §. præterea ducatus. col. 1* & ibi Aluaro. *[illegible] 4. vers. Quæro an [illegible] factiones.* Martinus Laudensis [illegible] Card. Alexand. *col. [illegible] penult.* Panormita. *in d. c. prudentiam col. 4 vers. ad [illegible] dissentit de [illegible] & in cons. 82 col penult. l. [illegible] 1.* Alexand. *in cons. 7. [illegible] 2. lib. 5.* vbi dicit de [illegible] Bartoli *in l. inter tutores* non habere locum in feudo Comitatus, Marchionatus, vel Ducatus, Tiraquell. *de iure primogen. [illegible] quæstione 4. num. 5.*

37 nis. Nam in feudis dignitatum iurisdictio [illegible]

Postremo nihil obstat quod dicebatur, vbi sunt in hereditate relicta bona allodialia & feudalia fieri posse diuisionem, ita vt vni assignentur feudalia, alteri allodialia. Nam & in casu nostro dum [illegible] feudalia primogenito esse assignanda, quia id iuri, æquitati, consuetudini, paternæ dispositioni, & publicæ vtilitati est consentaneum. Alteri vero fratri [illegible] aliis fratribus prælaturas non habentibus [illegible] præstationes soluendas esse, iuxta arbitrium [illegible] liario [illegible], vt in testamento paterno.

Hæc contra primum fundamentum, quod [illegible] re positum est feudalia ita sunt subiecta, quod vero attinet ad argumenta superius contra consuetudinem allata dum [illegible] dicebatur, eam consuetudinem non valere [illegible] quod sit contra ius, respondetur id [illegible]. Etsi [illegible] iure sit constitutum in feudis simplicibus, vt inter [illegible] æqualiter diuidantur, & vt æqualitas seruetur, tamen in feudis dignitatum [illegible], nam primogenitus solus succedere debet id [illegible] est consentaneum.

Quod vero secundo loco dicebatur, irrationabilem esse dictam consuetudinem [illegible] culenter ex his, quæ supra nos [illegible] dendum eam consuetudinem rationabilem esse, ex causa publicæ vtilitatis: eo quod expediat subditos per vnum regi, & ne regnum in se ipsum diuisum desoletur: & alias ob causas de quibus prolixe supra disputatum est.

Authoritas autem eorum, qui consuetudinem istam ita damnant, vt minime seruandam esse contendant, ideo nihil obstat sententiæ nostræ, quod longe verior, probabilior & communior sit contraria sententia, quæ plures numero patronos ac defensores habet grauitateque [illegible]

napræ-

na præstantiores, vt colligi facile potest ex iis quæ superius sunt deducta.

Quod dicebatur hanc ipsam consuetudinem non valere, quia non sit inducta ab eo qui legis condendæ potestatem habet, nihil obstat quia verum non est. Etenim potestatem habet familia quædam & particularis cognatio consuetudinem introducendi circa modum successionis bonorum suorum, & valet talis consuetudo, vt supra late deductum est. Hic vero tacitus saltem consensus adest populi & principis, à quo feuda recognoscuntur. Nam cum solum primogenitum semper inuestierit & admiserit, in consequentiam tacite dictam consuetudinem approbauit, & confirmauit, & cum vetustissima sit, hominumq; memoriam excedat, præsumitur titulus, priuilegium principis, & omnia solennia, vt supra deductum est.

Non obstat quod dicebatur ad consuetudinem inducendam voluntatem requiri, hoc est, vt actus facti & secuti fuerint in vim cōsuetudinis, & animo illam consuetudinem inducendi. Nam in specie nostra non dubitamus, quin ita factum sit, vt apparet ex effectibus ipsis: semper enim primogeniti successerunt, vigore dictæ consuetudinis, quæ nisi fuisset inducta verisimile non est cæteros filios ius suum neglecturos fuisse, ac non petituros partem successionis, cum nemo præsumatur iactare suum, *l. cum de indebito. ff. de probationib. cum aliis vulgaribus.*

Non obstat id quod dicebatur ex hactenus seruato succedendi modo inductam nō esse hanc consuetudinem, sed id probari oportere, quod, alias hac de re contentio fuerit inter primogenitum & alios fratres, & tamen vigore consuetudinis solus primogenitus successerit cæteris exclusis. Nam istud argumentum effectu id præsupponit & docet: quod supra à nobis falsum esse demonstratum est. Nempe sententias requiri, & vt in contradictorio iudicio ita fuerit obtentum, ad hoc, vt consuetudo inducatur. Sed hæc sententia legibus repugnat, quæ consuetudinem induci ex consensu populi docent, nec requirunt ad inducendam eam iudicis sententiam. *l. de quibus. ff. de legibus.* Pertinet enim iudicis sententia ad probationem faciliorem ipsius consuetudinis, non autem ad eius essentiam: sane nobis valde probabile videtur in tanto temporis lapsu, quo seruata hæc consuetudo dicitur, non defuisse aliquando contradictiones, lites, contentiones inter fratres, vel si nullæ fuerunt, ea causa fuit, quod non ignorarunt, soli primogenito successionem debitam fuisse, & sic secundogeniti & aliii ius quod non habuerunt, remiserunt, sed non deduxerunt, quia non habuerunt.

Non obstant quæ contra patrisfamilias dispositionem, qui tertius erat funiculus, adducta sunt, nempe talem dispositionem nullius esse momenti. Nam vt supra demonstratum est, valet ea patrisfamilias dispositio hoc in casu, quia agitur de feudis dignitatum, in quibus ex iure & ex consuetudine solus primogenitus succedit, in quibus terminis non loquuntur doctores allegati pro contraria sententia. Nec eorum argumenta huc non pertinent, quia locum habent in simplicibus feudis, duntaxat dignitatem annexam non habentibus. Quæ omnia ita vera esse demonstratur. Nam inprimis adfertur tex. *in c. 1. de success. feudi.* vbi dicitur filios æqualiter succedere in feudis nullamque ordinationem defuncti valere.

Respondemus illum tex. loqui in feudis simplicibus. Nam in feudis dignitatum solus primogenitus succedit, præsertim stante consuetudine vetustissima, vt in casu nostro: vnde patris dispositio iuri est conformis, & ideo valet ac seruanda est.

Secundo adfertur illa ratio, quod pater auferre non possit ius quæsitum cæteris filiis & concessionibus & inuestituris antiquiorum. Respondemus hoc in casu nullum ius quæsitum fuisse, nullam gratiam, concessionem, inuestiturā proferri posse, per quam alii quam primogeniti ad hæc feuda fuerint vocati & admissi.

Tertio adfertur responsum Io. Antonii Rubei in 33. Respondemus, non eum locutum esse in terminis nostris, vbi videlicet talis extet consuetudo, vt solus primogenitus succedat, & quidem memoriam hominum excedens, nec constare de quibus feudis ibi ageretur an simplicibus, an vero dignitatem annexam habentibus.

Postremo adferuntur alii doctores multi, qui absolute responderunt patrisfamilias dispositionem non valere, super successione feudorum.

Respondemus eos doctores loqui de simplicibus feudis, non autem de feudis dignitatum. Item non loqui in specie, in qua talis ac tam vetusta vigeat cōsuetudo vt in casu nostro: Denique eos refutari posse eorum authoritate & argumentis, qui contrarium docuerunt ac responderunt, quibus esse magis deferēdum in casu nostro, supra fuse deductum & probatum est.

Non obstat id quod ad extremum dicebatur in dubio in eam partem esse ferendam sententiam, quę fratrum fauet æqualitati. Nam respondemus rem non esse dubiam sed claram, pro ipso primogenito, pro quo etiam si dubia esset, potius esset pronunciandum, cum sit possessor, & reus conuentus, secundum iuris notissimas regulas.

Atque ita concludimus solum primogenitum succedere debere, nec ad rationes reddendas compelli posse.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro nobilibus Germanis.

ARGVMENTVM CONS. XXVII.

Continet decem quæstiones. Prima an testamentum valeat. Secunda, quæ actio competat filiæ cui minus legitima portione relictum est, vel onere aliquo legitima fuit grauata. Tertia an legitima statim à morte patris debeatur, & quomodo solui possit. Quarta an reciprocum fideicommissum inter filios valeat. Quinta an legatum dotis filia moriente ante nuptias extinguatur. Sexta an præceptum testatoris, vt filiæ sint contentæ relictis sub pœna, valeat. Septima an filiæ eo in casu teneantur cautionem heredibus facere de non petendo. Octaua an filiabus sint aperiendæ vires hereditatis. Nona an valeat

leat præceptum testatoris de non diuidendo. Decima in alternatiuis legatis cuius sit electio.

SVMMARIA.

1 *Testamenti factio permissa.*
2 *Pater testamentum faciens potest vni ex filiis relinquere plus quam alis.*
3 *Legitima nullum grauamen recipit.*
4 *Licet pater in testamento iusserit, vt filius sit contentus portione sibi relicta.*
5 *Licet pœnam quoque priuationis relicti adiecerit.*
6 *Et Baldus qui secus dixit reiicitur.*
7 *Legitima filio statim debetur a morte patris.*
8 *Et fructus etiam ipsius legitima.*
9 *Pater assignare potest filio vnam rem pro legitima.*
10 *Dos in legitimam imputatur.*
11 *Pater potest in testamento quam velit rem filio assignare pro legitima.*
12 *Conditio quæ est de natura rei relicta non reiicitur.*
13 *Legitima supplementum fieri debet ex corporibus hereditariis.*
14 *Dos relicta filia quatenus est intra legitimam, nullam patitur dilationem.*
15 *Pater mandare potest filio, vt vendat bona hereditaria.*
16 *Dos mulieri exclusa per statutum debetur si nupserit.*
17 *Legitima succedit loco alimentorum.*
18 *Voluntas testatoris est lex.*
19 *Reciprocum fideicommissum inter filios legitimam continet.*
20 *Contra ibi.*
21 *Consuetudo seruanda.*
22 *Conditio potest adiici relicto, quatenus est vltra legitimam filii.*
23 *Filius qui iudicium patris acceptauit, non potest legitima supplementum petere.*
24 *Onus de legitima quando non reiiciatur.*
25 *L. Vn. C. de his qua pœn. nom. expenditur.*
26 *Pœna adiecta non præiudicat legitima.*
27 *Creditor recipiendo quod sibi debetur tenetur liberare debitorem.*
28 *Liberationem generalem facere nemo tenetur.*
29 *Legatarius tenetur seruare defuncti voluntatem, licet maius onus contineat, quam sit commodum legati.*
30 *Et est communis opinio.*
31 *Vxor cui dos relicta est ab vno ex heredibus, quo pacto eam consequi valeat.*
32 *Quarta Episcopo debita ex legatis ad pias causas prohiberi non potest.*
33 *Si tamen testator relinquat Episcopo minus quarta, & Episcopus acceptet, non potest plus petere.*
34 *Legitima supplemētum filius petere potest, licet pœnam pater adiecerit prohibitioni ne plus peteret.*
35 *Heredi exhibenda sunt instrumenta & iura hereditaria, vt deliberare possit an velit adire.*
36 *Legitima de singulis rebus debetur.*
37 *Concesso vno censetur cōcessum id sine quo locum habere non potest.*
38 *Possessor hereditatis cogitur inuentarium bonorum facere, quando cogitur alteri reddere.*
39 *Heres grauatus per fideicommissum restituere hereditatem cogitur per fideicommissarium ad conficiendum inuentarium.*
40 *Inuentarii confectio remitti non potest in præiudicium legitima.*
41 *Conuentio de non diuidendo non valet.*
42 *Prohibitio generalis circa tempus omne tempus continet.*
43 *Præceptum testatoris de non diuidendo an valeat.*
44 *Pactum de non diuidendo inter socios, donec vixerint, valet.*
45 *Præceptum testatoris de non diuidendo, recipit à iure interpretationem.*
46 *Pactum de non diuidendo in perpetuum valet, & quomodo intelligendum.*
47 *Pactum de non diuidendo in æternum non valet.*
48 *In alternatiuis electio debitoris.*
49 *In legato alternatiuo cuius sit electio.*

Christi Redemptoris nostri subsidio humiliter implorato.

Viso testamento, & consideratis difficultatibus, quæ ex eo oriuntur, ac nobis discutiendæ pro iustitia proponuntur: vt responsum petenti plenius satisfaciamus, ad singulas quæstiones singillatim respondebimus. Aggrediendo igitur primam, in qua generatim quæritur, vtrum testamentum iure factum, & omni ex parte ratum, firmumq; sit, vel in aliquibus impugnari possit, breuiter respondemus, quod cum istud testamentū conditū fuerit à patrefamilias, nec præsupponatur, quod vel furiosus fuerit, vel aliud habuerit impedimentum, propter quod testari non posset, sine dubio valet, omnibus enim permissum † est testari, nisi sint inhabiles, *vt in toto titulo ff. & C. de testa. & qui testa. facere possunt.* Et nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non reddit arbitrium, vt inquit Imperator Constantinus *in l. 1. C. de sacrosanct. eccles.* quare cum in hoc testamento heredes instituti sint filii, filiæque, non est dubitandum, quin firmum sit, & validum. *l. inter cætera ff. de liber. & posthu. §. aliud quoq; capitulum. in auth. vt cum de appe. cogno. Instit. de exhereda. libero. in principio, ac alibi passim.* Quod verum est, licet pater non æquis portionibus filios suos heredes instituerit, potest enim bona † sua diuidere inter liberos, prout vult, etiā inæqualiter, dummodo neminem fraudet legitima debita *l. parentibus. C. de inoff. testa.* quem textum ibi notat Paulus Castrensis contra errorem vulgarium, maxime mulierum, credentium, quod pater vel mater non possit relinquere plus vni filio, quam alteri, citans textum similem *in l. hac edictali. § 1. C de secundis nuptiis. & in § pen. in auth. de nuptiis.* Præsupponimus etiam, testatorem debitum adhibuisse testium numerū, quoniam in themate non fit aliqua mentio defectus testium. Vel quod constet omnino, testamentum hoc à testatore conscriptum, ita vt nulla sit dubitatio, quin hæc sit vltima voluntas, ac dispositio præsentis testatoris, cū super hoc nihil in punctis propositis cōtrouerti videamus. Quare ex his prima hæc quæstio de testamenti validitate in genere, nullam nobis videtur habere difficultatem.

Quod attinet ad secundam quæstionem. Vtrum si filiæ testatoris forte minus legitima accepissent, vel si legitima onere aliquo esset grauata, quam haberent actionem, vtrum eam saltem, quæ ad supplementū legitimæ data est, prætermissis argumentis superfluis respondemus, si filiab. minus legitima iure naturæ debita à parente relictū est, eis actioné cōpetere, q̄ datur ad supplementū legitimę petēdū, siue ex legi-

legitima est aliquo onere grauata, eisdem filiabus subuenire, vt onus adiectum reiiciatur, & pro non adiecto habeatur. Est enim clari, atque explorati
3 iuris, quod filius consequi debeat integram † legitimam, absque vllo onere, mora, grauamine, aut conditione. *l. omnimodo. l. quoniam in prioribus. C. de in off. testam.*

Quæ sententia locum habet, etiam si parens in testamento iusserit filio, vt sit contentus portione sibi
4 relicta, & aliud petere † non possit, quẽadmodum præsens testator iussit, ita enim decreuit Imperator, *in §. cæterum. in auth. vt cum de app. cog.* Cæterum (inquit) *si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solui præcipimus, quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum alias nostras leges, ab heredibus impleri.* Atque ita nostri vno ore tradunt Baldus, Saly. Paulus Castren. & Iason *in d. l. omnimodo. C. de inoff. testa.* Decius *in conf. 228. num. 3.* Ioan. Cæphal. qui & alios plures commemorat *in conf. 95. num. 7.*
5 Rursus eadem conclusio † sibi locum vendicat, quamuis pater prohibuerit aliud petere, & insuper addiderit, quod si filius aliquid amplius petierit priuetur relicto, sicut & in præsenti testamento factum est: ita post Baldum concludit Paulus Castrensis *in d. l. omnimodo.* refert & sequitur Iason *in l. si quando. §. vltimo C. de inoff. testamen.* Vasquius *in tractatu de success. creatione. in prima parte. libr. 1. §. 10. numer. 303.* Anton. Gabrieli. *commun. concl. libr. 6. tit. de legitima. concl. 1. num. 32.*

Et licet ibi Gabrielius in contrarium citet Baldum *in l. 1. C. de iure fisci. lib. 10.* & alios qui simpliciter sequuntur Baldum *in citato loco*, non tamen Baldus aliquid dicit contrarium superiori sententiæ,
6 quia loquitur quando filius cui minus legitima † relinquitur, sub pœna priuationis relicti si aliud petat, tale relictum acceptauit, & patris testamento, ac voluntati acquieuit. Hic autem non est casus noster. Quare dictum Baldi non facit ad propositum quæstionis nostræ, & de secunda quæstione hactenus.

Tertia est dubitatio. An legitima filiorum portio statim illis à morte testatoris debeatur, vtrum vero eo modo, quo à testatore cõstitutum est, exolui possit, & quid si statim dissoluenda esset, vtrum alimenta illis ex bonis filiorum sint præstanda. Respondemus statim à morte patris legitimam integram absque vlla dilatione, mora vel conditione filiabus deberi, *ex dict. l. omnimodo. & l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testa.* quibus ex locis omnes tradunt, legitimã
7 adeo pure & libere debitam † esse filio statim post parentis mortem, vt nulla dies adiici à parente possit. Idem respondit Carolus Ruinus *in conf. 17. num. 7.* qui ait legitimam mortuo patre statim debitam esse
8 filio. Hinc vno ore omnes scribunt, fructus † legitimæ filio deberi, à die mortis patris, Baldus *conf. 221. lib. 4.* Corneus *conf. 265. lib. 3.* Ruinus *conf. 56. num. 2. lib. 2.* Capra *conf. 6. n. 8.* & idem dicunt de fructibus supplementi legitimæ, sequitur Io. Cæphalus *in conf. 56. num. 49. & 95. n. 19. & 109. n. 29. lib. 1.* Deniq; hæc est communis & indubitata sententia, vt late habetur apud Menochium *in conf. 77. num. 5. & 6.* Bursatum *in conf. 91. num. 17.*

Sed vtrum solui possit eo modo quo à testatore constitutum est, in hoc considerandum est, quomodo testator eam solui mandauerit. Igitur in testamẽto cuius exemplum nobis est exhibitum, testator posteaquã instituit heredes filios masculos in bonis feudalibus, & eis alia bona prælegauit, ita dixit. *In reliqua vero parte bonorũ allodialiũ heredes facio, & instituo simul prædictos filios, & filias meas, ita vt ex filiab. meis singulæ portionem suam iure debitam, legitimam leges vocant, titulo institutionis accipere debeant. Considerans vero mecum quantum in bonis allodialibus habeam, facile video exiguum sane fore id, quod filiæ meæ legitimæ loco sint adepturæ, &c.* & rursus. *Huic incommodo vt succurratur singulis filiarum mearum* OOOO. *N. in dotem do, &* OOO. *aut* OO. *N. ad faciendos sumptus in nuptias. Adhæc ex paterno & propenso in illas amore singulis* OOO *N lego. Quam pecuniam in proximos agnatos si volent transmittere possint. Prædicta autem pecunia hoc modo illis soluatur. Nuptui iis collocatis, post confectas nuptias intra annum dotis nomine singulis* OOOO. *N. numerentur. Post adhuc altero anno elapso singulis iterum legatum* OOOO. *N. soluatur, &c.*

Cum quæritur ergo vtrum legitima exolui possit his filiabus eo modo quo testator constituit. Respõdemus quoad partem illam legitimæ, quam testator reliquit in bonis allodialibus, si talia bona non sint ex deterioribus bonis patris, nec onus habeant præ cæteris aliis bonis annexum, eam exolui posse, vti à testatore constitutum est, nec filias conqueri posse, aut in hac parte voluntatem patris impugnare, sed cogi posse, ad accipiendum talia bona pro legitima, seu in rationem legitimæ. Est enim hęc vera & communis omnium sententia, licere patri vnam rem, vel plures ex † corporibus hereditatis filio relinquere 9
loco legitimæ, nec filium conqueri posse, nisi res relictæ sint deteriores cæteris, aut aliquod habeant onus specialiter annexum, quod reliqua bona nõ habeant, vt attestatur Ripa *in l. in quartam. n. 118. ff. ad leg. falcid.* Marcus Antonius Cucchi. *in tracta. de legitima. in titulo, vtrum legitima sit deducenda de singulis rebus, an de vna, vel à tabulis tantum.* Menochius *de arbitra. iud. casu 163. num. 1.*

Quod vero pertinet ad alteram partem legitimæ, nimirum ad pecunias in causam dotis & sumptuum nuptiarum ac etiã simpliciter relictas, quæ † omnia 10
in legitimam esse imputanda, clarum est *ex l. quoniam nouella C. de inoff. testam.* Angelus *in conf. 131.* Ripa *in l. in quartam. num. 133. ff. ad leg. falcid.* Marcus Ant. Cucc. *in tracta de legitima. in tit. Percepta ex testamento imputari in legitimam omnia.* vtrum filiæ cogantur eas acceptare pro legitima, an vero possint recusare, ac dicere, se totam legitimam velle in rebus ipsis & corporibus hereditariis. Videbatur nobis prima fronte respondendum, quod filiæ teneantur pecunias sic relictas acceptare, ex eo quod respondit Baldus *in cõsil. 167. num. 4. lib. 5.* vbi respondit patrem posse in testamento † suo quam velit rem assignare filio pro le- 11
gitima, etiam in pecunia ab herede numeranda, idẽ scribit Fabianus *in repetitione auth. nouissima. C. de inoff. testa.* prout eum refert Ripa, qui & in hanc sententiam propendere videtur. *in d. l. in quartam. num. 126. ff. ad leg. falcid.* Menochius *de arbitr. iudicum. casu 163. numer. 2. & 3.* vbi hanc sententiam respondendo contrariis sequitur.

Nec obstare videbatur, quod solutioni dotis adiecta esset, nuptiarum conditio, atque in illud tempus dilata solutio: quia cum hæc sit natura dotis, vt absque matrimonio non sit. *l. vltima. C. de dotis promissione.* talis conditio, ac dilatio, quæ est de natura rei † relictæ, nõ videbatur reiicienda etiam de le- 12
gitima, prout in terminis dotis relictæ sub tali die & conditione affirmat Angelus *in l. si pater. colum. vltim. C. de institut. & substitut.* & ibidem Iason post

O Imo-

Imolam quem citat *num.10.& 21.*& alii plures quos refert Anton. Gabriel. *comm. concl. lib. 6. tit. de legitima. conclus. 1. num. 19.*

Istis tamen non obstantibus contraria sententia nobis verior visa est, quod filiæ non coguntur accipere pecunias sic relictas, in causam seu rationem legitimæ, sed petere possint legitimæ supplementum, in bonis ac rebus hereditariis.

Antequam tamen hanc sententiam comprobemus, præmittendum censemus, pecuniam à testatore relictam filiabus, non esse hereditariam, sed à filiis heredibus numerandam, prout in inferiori parte testamenti, testator mandat, dum ait. *Porro volo, & constituo ne filii mei summam ooooo N. inter se diuidant, sed sub lucitu vsuris mutuam dent, & ex illis vsuris, & ex eo quicquid præter hanc summam superest pecuniæ, portionem filiabus debitam, & quicquid adest æris alieni dissoluant.*

Cum igitur pecunia filiabus relicta non sit hereditaria, sed percipienda sit ex vsuris pecuniæ mutuandæ, sequitur dicendum, ex vera & communi doctorum sententia, filias non teneri pecuniam relictam accipere pro legitimæ eis debitę supplemento. *l. scimus. §. repletionem. C. de inoff. testam.* vbi dicitur, legitimæ repletionem fieri debere, ex ipsa patris substantia, seu ex rebus substantiæ patris, & propterea filius non cogitur † accipere legitimam in pe-
13 cunia ab herede numeranda, sed dicere potest, ego volo eam in rebus & corporibus hereditariis.

Hæc est communis sententia doctorum. Bartol. *in l. suus quoque. ff. de hered. instit.* Iason *in l. scimus. numero septimo. C. de inoff. testa.* vbi etiam Baldus & Saly. Alexand. *in l. non am. liu. §. vltimo. ff. de leg 1.* & ibi etiam Aretinus, idem Alexand. *in consil 69. libro primo.* Deci. *in consil. 81. colum. vltima.* alios citat & communem testatur Ripa *in dict. l. in quartam. num. 126.* Cucchius *in tracta. de legitima. in titulo, vtrum legitima sit deducenda de singulis rebus, num. decimo octauo.* His accedant Rubeus, Parisius & alii, quos citat Menoch. *in dicto casu 163. num. octauo & nono.* & alii quoque quos cumulat Gabrielius. *libro sexto. commun. con l. s. tit. de legitima. conclus. 3. num. 2.* quibus addimus Petrum Philippum Portium *in consilio octogesimo secundo. num. 5.*

Quam sententiam in hac specie casus nostri facilius recipiendam esse putauimus, ex eo quod pecunia relicta non est soluenda statim à morte testatoris, sed temporibus, & dilationibus, de quibus in testamento, & respectu pecuniæ in causam dotis relictæ, & ad sumptus nuptiarum faciendos, etiam conditio inest, vt si non nubant, maneat apud filios, vt in testamento.

Est enim vera & communis doctorum sententia, dotem relictam, quatenus est intra legiti-
14 mam pure deberi, nec † pati dilationem, onus, aut conditionem, quemadmodum nec legitima patitur, in cuius locum illa est subrogata. Bartol. *in l. vltima. §. filia. ff. de legat. 2. in l. Titio centum. §. Titio genero. numero quarto. ff. de cond. & demonstr* & ibidem Castrensis *numer. 8. vers. circa secundum articulum.* Alexand. *in consil. 55. libro secundo. & in consil. 13. libro tertio.* Cucchus qui alios citat *in tractatu de legitima. titulo, legitima nullum grauamen recipit. numero quinto, octauo & nono.* Vasquius *de successionum creatione, in prima parte libro primo §. 10. num. 297.* Cæphalus *in consilio 145. numero secundo & tertio.* Besous *in consilio 155. num. 44. libro secundo.* Hieronym. Gabriel. *consil. 116 post principium.* Menochius *in consilio 151. num. 45. libro 2.* Hippolit. Riminald. *in cons. 140. num. 6. 7. 8. & 9. & cons. 157. num. 10. libr. 2.*

Non obstant contraria, quia licet, quando pecunia relicta est hereditaria, sit maior difficultas, vtrum filius teneatur eam acceptare loco legitimæ, vt habetur apud Ripam & Menochium, *locis annotatis*, quando tamen non est hereditaria, sed ab herede numeranda est, cessat omnis difficultas, quia talis pecunia non est ex substantia bonorum testatoris, vt declarant præfati doctores.

Et ad argumenta Baldi *in dicto cons. 167* patet responsio ex traditis per Ripam *in dict. l. in quartam. numer. 126.*

Non obstant argumenta ipsius Ripæ. quod pater mandare possit filio, vt † vendat bona hereditaria *l.* 15
qui fundum. l. si dignum. ff ad leg falcid quodque possit pater ipse eadem vendere, ergo & legitimam in iis relinquere, quia quod filius grauari possit, vt vendat bona, quatenus sunt intra legitimam, non probatur in illis iuribus, & contrarium probatur ex generalitate regulæ. *d. l. quoniam in prioribus.* quod si pater viuens bona vendat, & non relinquat in hereditate aliud quam pecuniam, tunc fatemur legitimam solui posse in pecunia. At secus est dicendum, quando pater reliquit post se bona immobilia, & alia in corporibus consistentia, vt in casu nostro.

Denique dato, sed non concesso, quod legitimæ supplementum etiam in pecunia solui posset, contra communem opinionem, non putamus tamen, quod filiæ cogantur eam accipere, eo modo quo à testatore constitutum est, cum onus & dilatio adiecta sint, vt supra diximus, & doti, quatenus intra legitimam est, repugnet dilatio & conditio omnis adiecta, ex superius adductis.

Quibus non obstat Angeli & aliorum sequacium doctrina, quia ea doctrina est communiter reprobata, vt ex allegatis patet, & est irrationabilis, & contra textum *in d. l. quoniam in prioribus.* Eo tantum in casu obtinere posset, quando filia ex statuto exclusa est à successione, & mandat statutum eam dotari. Nam licet eo casu dos præstanda † sit loco le- 16
gitimæ, non tamen debetur, nisi quando mulier nupserit: secundum Pauli Castrensis distinctionem *in l. Titio centum. §. Titio genero. ff. de cond. & demonstr.* de qua per Anton. Gabrieli. *lib. 6. commu. concl. tit. de legitima. concl. 1. num. 27.*

Quatenus autem in hac tertia dubitatione quæritur, vtrum si legitima statim esset dissoluenda filiabus, possent alimenta ex bonis filiorū consequi, respondemus filium qui suam legitimam consequitur, petere non posse alimenta ab herede vniuersali, quia legitima debetur † pro alimentis, seu loco alimen- 17
torum, ita post Alexand. *in l. mulier. §. 2. ff. ad Tr. bell.* respondit in terminis Grammaticus *in cons. 145. num. 15. & 16. vers. septimo ex præmissis infertur*, & consequenter soluta legitima debita filiabus, aliud petere non possunt in bonis patris, nec ex iure communi, vt sunt iura notissima. *l. omnimodo. C. de inoff. testam. §. aliud quoque capitulum. in auth. vt cum de app. cog.* nec ex testamento patris, qui alimenta reliquit & alia omnia, vt in legitimam compensentur, vt ex testamento patet, & de iure præsumitur. Hieronym Gabriel. de alimentis relictis precise loquens *in consilio 109. num. 12.* & in hac re nullam esse putamus difficultatem. Quare de tertia dubitatione hæc dicta sufficiant.

Quarta

Quarta est quæstio. Vtrum paterna dispositio de successione liberorum possit sustineri, vt videlicet filiæ sibi inuicem succedant exclusis fratribus, & contra filii sibi inuicem succedant exclusis sororibus. Videbatur primo intuitu dicendum hanc dispositionem valere, cum testator rei suæ quam velit
18 legem apponere valeat, & † eius voluntas sit lex. §. *disponat. in auth. de nuptiu. l. in conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstr.*

Maxime vero quando facit reciprocum fideicommissum inter filios, quod tam ad luctum, quam
19 ad damnum se habere potest, ideoque valet, † & legitimam etiam filiis debitam ligat & comprehendit. *l. si pater puellæ. C. de inoff. testa.* quæ lex non videtur correcta ac sublata. *per l. quoniam in prioribus. eodem tit.* quia *d. l. quoniam in prioribus.* in iis casibus locum habet, in quibus olim querela inofficiosi testamenti filio competebat, vt in ea dicitur, querela autem filio nō competebat, quando fideicommissum erat reciprocum. *vt in dict. leg. si pater puellæ.* Et ita dixerunt Richardus Malumbr. Fulgo. & Cumanus quos refert & sequitur Decius *in consil. 456. numero octauo.* Vasquius qui eiusdem opinionis commemorat Georgium Nattam & Rodericum Xuares. *in tracta. de successionum creatione, in prima parte, libro primo. §. 10. numero 250.*

Verum istis non obstantibus maturius re perpensa in eam venimus sententiam, vt memorata testatoris dispositio valeat & teneat, in bonis relictis, quæ sunt vltra legitimam filiis debitam, in eis enim potuit reciprocam inter eos successionem inducere, sed in iis bonis quæ sunt intra legitimam filiis debitam, arbitramur reciprocum hoc fideicommissum fieri non potuisse. *ex regula. l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testam.*

Et licet inter doctores sit controuersia an valeat reciprocum fideicommissum, etiam quoad legitimam, *ex dicta l. si pater puellæ*, aliis valere affirmātibus, aliis negantibus, nobis tamen placuit sequi sententiam negatiuam, quatuor rationibus.

Primo quia sententia hæc negatiua est commu-
20 nis vt patet ex † Bartolo, Baldo, Paulo Castrense, Saly. & Iasone *in d. ct. leg. si pater puellæ*, & Sichardo etiam, *ibidem* Alexand. *in consilio quadragesimo tertio. col. 2. libro secundo.* Aretino *in l. cum filio. col. penult. ff. de vulgari.* Cuccho *de legitima. tit. in legitima nullum grauamen admitti. num. 23.* Antonio Gabriel. *lib. 6. communium conclus. tit. de legitima. conclus. 1. num 6.* Portio *commun. opinionum. libro primo, capit. 42. in tertia ampliatione.*

Secundo quia hæc sententia de consuetudine seruatur, vt attestantur prææallegati doctores, ideo
21 minime † sunt mutanda quæ certam consuetudinem habent. *l. minime. ff. de legib.* & optima est legum interpres consuetudo. *l. cum de interpretatione. ff. de legibus.*

Tertio quia hæc sententia est magis amica verbis. *d. l. quoniam in prioribus.* per quam generaliter omne grauamen seu onus de legitima remouetur, & negari non potest, quin hoc fideicommissum etiam reciprocum grauamen contineat, cum filii libere de bonis disponere non possint, vt dicebat Iason *in d. l. si pater puellæ.*

Postremo quia nos non sumus in casu præciso. *l. si pater puellæ*, ibi enim fideicommissum temporale fuit, non perpetuum ac simplex, prout in casu nostro, & ratio cur filiæ querela inofficiosi denegatur ea est, quod tam matris, quam fratris portio poterat ad eā peruenire, vt in fine legis dicitur, quæ ratio in proposito nostro non militat.

Ex quibus ad contrarias rationes manifesta solutio patet, quia quod ad primam rationem attinet, iam ex his constat, nos non versari mere in casu. *d. l. si pater puellæ.* Et ad authoritates adductas respondemus, eas ex pluribus numero, ac pondere grauioribus superari, esseque communem opinionem, quam supra diximus, à qua in consulendo, & iudicando recedendum non est, secundum vulgares regulas.

Quinta est quæstio, si filiæ non nuptæ decederent, num filii pecuniam doti addictam, & in nuptiarum sumptus decretam retinere queant

Ad hanc quæstionem respondemus, quod si quidem pecunia hæc doti addicta, & in nuptiarum sumptus decreta, est vltra legitimam ipsarum filiarum, sine dubio si filiæ non nuptæ decedant, filii eam retinere possunt. Est enim in hoc casu clara testatoris dispositio sic dicentis. *Si quoque Deo ita gubernante contingat, vt vna vel plures filiarum mearum antequam viro nubant, decedant, pecunia illa doti dicta, penes filios maneat, nec ii ad soluendum illam cogantur, vel ipsis legibus ita decernentibus, sine matrimonio non esse dotem. Tum quoque eam pecuniam, quam alias in nuptias impendissent, retineant.* Quæ quidem testatoris dispositio valet & tenet. Etsi enim doti relictæ nuptiarum conditio adiecta non valeat, quando est intra legitimam, vt supra deduximus, quatenus tamen vltra legitimam † est, nihil prohibet, quo minus ea condi- 22
tio adiici possit, sicuti declarant Bartolus & Paulus Castrens. *in l. Titio centum. §. Titio genero ff. de condit. & demonstrationib.* & est textus. *in l. finali. § filiæ. ff. de leg. 2.* & ibi Bartolus & alii notant, nec vllam habet difficultatem.

Si vero pecunia hæc relicta non est vltra legitimam, sed potius intra ipsam legitimam filiabus debitam, seu loco legitimæ, tunc dicimus onus illi adiectum conditionemque nuptiarum reiici, & consequenter relictum remanere purum, filiabusque antequam nubant, vita functis non remanere penes filios, sed ad filiarum heredes transmitti, sicuti docent idem Bart. & Paulus Castr. *in dicta l. Titio centum. § Titio genero*, & probatur optime ex iis quæ supra diximus, in tertia quæstione, versiculo quam sententiam, quibus probauimus, quod sicuti de legitima omne onus reiicitur. *vt in l. quoniam in prioribus. C. de inoff. testa.* ita reiici debeat etiam de dote loco legitimæ relicta, vel subrogata, & quatenus dos ipsa est intra legitimam.

Sed quoniam euenire posset, vt filiæ simpliciter approbarent voluntatem patris, acceptantes bona & pecuniam relictam, deinde ante matrimonium contractum ex hac vita migrarent, vt interroganti plenius respondeamus, ac satisfaciamus, quid iuris etiam hoc in casu sit dicemus, vtrum scilicet pecunia doti addicta & ad nuptiarum sumptus decreta, penes filios manere debeat. Dicimus ergo hoc in casu apud filios memoratam pecuniam remanere debere, duabus rationibus adductis.

Priore quidem, quia quando pater aliquid legat filio, quod sit minus legitima, adiecta clausula, quod ipse filius nihil plus petere possit, etsi filius ante acceptum legatum petere possit supplementum legitimæ, attamen si legatum acceptauit omnino excluditur, ex quo dicitur † approbasse patris 23
dispositionem. Ita docuit Baldus *in l. 1. colum. penult. vers. item pone filio. C. de iure fisci. lib. 10.* quem secutus

O 2 est

est Iason in *l. quoniam in prioribus in fine. C. de inoff. testa.* Ruinus *in cons. 56. num. nono & decimo. libro secundo.* Rubeus *in consilio 73. num. quarto.* Socinus iunior *in cons. 122. num. 9. & 15. lib. 1.* Menochius *in cons. 453. num. 16. lib. 5.*

Si ergo non debetur hoc in casu supplementum legitimæ, sed filius esse debet contentus relicto, quãuis sit minus legitima, eadem ratione grauamen adiectum rei relictæ auferri non potest, nec illud poterit filius recusare.

Secunda est ratio, quia testator reliquit filiabus legitimam in parte bonorum allodialium, deinde legauit eis certam pecuniæ quantitatem simpliciter, & aliam quantitatem in dotem & nuptiarum sumptus, demum adiecit clausulam vt nihil amplius petere debeãt sed contentæ esse hac sua dispositione. Quod si voluntatem eius impugnarent eas priuauit medietate pecuniæ in dotem relictæ, dicens præterea. *Nam si ornamenta & vestes filiabus data, in computationem quoque veniant, filiæ meæ singula* 0000. *N. accipient, cuius vix trientem, si sola legitima illis esset relicta consecutæ fuissent.* Si ergo filiæ hanc parentis voluntatem simpliciter agnoscant, & approbent, acceptando sibi relicta, dicuntur etiam onus & grauamen cõditionis adiectum approbare, etiam quatenus id grauamen annexum est legitimæ, seu quantitati loco legitimæ relictæ. Hoc probatur ex notabili decisione Decii *in consilio* 687. vbi decidit onus fideicommissi etiam legitimæ adiectum obtinere,
24 nec † reiici posse, quando pater in testamento priuauit reliqua hereditate filium, eum in sola legitima instituendo, nisi acquiesceret in totum voluntati ac dispositioni testatoris, idem respondit eodem in casu Socinus iunior *in consilio* 122. *libro primo.* Curtius iunior *in consilio* 159. *numero sexto & septimo.* & hanc sententiam late defendit Marzarius *in tractat. de fideicommiss. quæst.* 50. & Marcus Antonius Cucchus *in tractat. de legitima. sub titulo, legitima nullum grauamen admittit. num.* 27. & ii partes ad contraria omnia respondent, eorumque rationes omnes & argumenta casui nostro recte applicari possunt, quæ omnia nos breuitati studendo referre supersedemus, præsertim cum de hoc puncto specialiter non fuerimus interrogati.

Sexta est dubitatio. Si filiæ prouisione paterna non contentæ, voluntatẽ patris impugnent, vtrum pœnam à patre constitutam committant.

Omissis hinc inde argumentis propter rei euidentiam, dicimus istas filias in pœnam quidem incursuras, si voluntati testatoris non paruerint, quæ pœna est priuatio medietatis summæ pro dote relictæ, vt in testamento, sed non ob id aliquod præiudicium passuras circa legitimam sibi debitam.

25 Hoc probatur † *ex l. vnica. C. de his quæ pœnæ nomine in testam. scribuntur.* vbi Iustinianus dicit, licere testanti pro implenda sua voluntate, vel pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam inferre, quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis, quam in præcipiendo ad alias personas eas transferri, ab eo cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius, paruit. Hactenus Imperator. Et ita præsupponunt veluti indubitatum. Socinus iunior *in dicto consilio* 122. *libro primo.* Deci. *dicto consilio* 687. Curtius iunior *consilio* 159. Marzari. *de fideicommiss. quæstion.* 50. Cucchus *de legitima sub tit. legitima nullum grauamen admittit, sub num.* 27. *cum seq.*

Quod vero eiusmodi pœna † adiecta præiu- 16
dicium non inferat legitimæ filiabus debitæ probat textus *in l. Seius & Augerius. ff. ad leg. falcid.* & declarat optime Cucchus *in loco præcitato.*

Septima est quæstio, si legatum N. 0000. filiabus à filiis soluatur, an filiæ cogi possint ad cautionem, se post nihil quicquam ex hereditate paterna petituras, & quomodo hoc casu caueant, vt filii tuti esse possint.

Huius quæstionis definitio pendet ab hoc articulo vtrum filiæ recipientes legatum prædictum, possint aliud petere ex hereditate paterna. Nam si aliud petere nequeunt, procul dubio tenentur filiis cauere de non petendo quicquam aliud, est enim
iuris explorati, quod creditor recipiendo † id quod 17
sibi debetur, tenetur omnino liberare debitorem, & cautionem liberatoriam ei præstare. *l. plures apochas. C. de fide instrument.* & ibi notant Bald & Salyc. *l. sicut datam. C. de lib. causa.* Bartol. *in l. aquiliana. num. 3. ff. de transactionib. l. dissolut. C. de cond. ex lege cum similibus.* Sed si vltra legatum acceptum aliud petere possunt, proculdubio non coguntur cautionem præstare generalem de nõ petendo quicquam aliud ex bonis paternis, vt probat textus *in l. 3 § contrarium. ff. de contrario iud. tutelæ.* vbi Vlpianus quærit, an contrarium iudicium tutelæ, ad hoc quoque competat, vt quis à pupillo exigat liberationem. Et nemo (inquit) dixerit, in hoc agere quem contrario posse, vt tutelæ iudicio liberetur, sed tantum de his, quæ ei propter tutelam absunt, quem textum notãt Dynus, Oldrad. Albericus & Bartol. & dicebat Baldus ex illo
textu aduocatos probare, quod nemo † teneatur fa- 18
cere liberationem generalem, sed facere posse confessionem de recepto cum expressa reseruatione iurium suorum, refert & sequitur Iason *in l. aquiliana. n. 4. ff. de transactionib.*

Videbatur ergo primo aspectu dicendum filias accipientes huius legati solutionem vlterius aliquid non posse consequi, cõsequenter cogi posse ad cautionem præstandam de vlterius aliquid non petendo ex hereditate paterna, quia testator dixit, quod filiæ accepta portione relicta nihil amplius petere possent, sed à reliquis bonis remotæ essent. Quinimo si prædicta testatoris dispositione nequaquam cõtentæ, voluntatem eius impugnassent, dimidium tantum eius quod in dotem filii dare debuissent, eis præstari mandauit, filiæ ergo accipiendo solutionem dicti legati nihil aliud consequi posse videntur.

Primo *ex l. Imperator. §. cum quidam. in fine. de leg. 2.* vbi testator legatarium, cui quantitatem legauerat,
grauauit restituere rem propriam, quæ maioris † erat 19
valoris illa quantitate relicta, cum autem legatarius acceptasset legatum, dubitatum fuit, an residuum valoris rei à se restituendæ vel retinere vel consequi posset.

Respondit Papinianus residuum valoris legatarium non consequi, & similis est casus *in l. sed & si non seruus. in prin. ff. ad leg. falcid.* quo loci respondit Paulus legatarium, cui legata fuit quantitas, vt seruum manumittat, accepto legato, cogi manumittere seruum, & si is sit maioris valoris illa quantitate, ea ratione, quæ huc pertinet, vsus est Paulus, quia acceptando legatam quantitatẽ, tanti æstimasse ser-
uũ videtur Et his iurib. adducti scripserunt † multi, 20
legatarium teneri obseruare voluntatem testatoris, eum grauantis vltra valorem legati, quando legatum acceptauit. Ita responderunt Corneus *in cons. 192. li. 2.* Soc. iun. *cons. 122. n. 15. lib. 1. & 173. num. 3. & nu. 8. lib. 2*

Sic ergo

Sic ergo & in casu nostro dicendum videtur filias istas legatum acceptando, tanti æstimasse legitimam eis debitam in bonis patris.

Secundo *ex l. cum ab vno. ff. de leg. 2.* vbi maritus, debitor dotis vxoris suæ, eidem legauit quantitatem
31 præstandam ab vno ex suis heredibus, & iussit eam † esse ipso legato contentam. Mulier non accepto legato quæsiuit, aduersus quem mouere deberet de dote actionem, respondit iurisconsultus mouere debere actionem pro quantitate legati, aduersus illum heredem à quo legatum fuit, pro residuo vero aduersus omnes heredes. Hoc inquam (vt diximus) procedit legato adhuc non agnito, ergo à contrario sensu accepto legato, non poterit mulier agere aduersus ipsos heredes, pro consequenda dote, sed esse debet eo legato cōtenta, ita hunc textum perpendunt Paulus Castrensis. *in l. si cum dotem. §. si pater. num. 2.* & Alexand. *num. 2. ff. sol. matr.*

Tertio *ex l. 2. in fine. C. de iure dotium*, vbi mater quæ dedit dotem filiæ permisit filiam stipulari, sibi reddi dimidiam ipsius dotis, deinde eandem mater filiæ prælegauit. Dubitatum fuit, an ex quo illud prælegatum erat quid minus ipsa dote, potuerit filia petere supplementū pro dotis valore. Et responsum fuit petere posse, nisi ipsa mater voluerit filiam suam esse eo prælegato contentam. Nam tunc filia acceptato legato excluditur à petitione dotis, vel eius supplemento. Id quod sensit *ibidem* Salyc. *columna prima, versic. fingitur.* Ea est ratio quia filia accipiendo legatum dicitur tanti æstimasse dotis valorem. Sic igitur & in proposito filiæ accipiendo solutionem dicti legati, aliud petere non possunt, & tanti æstimare videntur eorum iura circa parentis bona.

Quarto *ex c. officii. de testam.* Vbi quarta debita
32 Episcopo ex legatis ad pias † causas factis, nec prohiberi nec minui potest per testatorem. *iuxta c. requisisti. de testam.* Nihilominus si testator Episcopo relinquat minus ipsa quarta adiecta clausula, quod plus petere non possit, & Episcopus acceptet solu-
33 tionem istius legati, non poterit † amplius petere aliquod quartæ supplementum, & ita ibi notant Innocentius & Io. Andr. quos secutus est Ruinus *in consilio 79. num. 5. lib. 2.*

Verum istis non obstantibus, maturius re perpensa contrariam sententiam veriorem esse putamus, quod scilicet filiæ accipiendo solutionem dicti legati, non excludantur à petitione residui, quod deest ad supplendam eis integram legitimam, si quantitas legata non ascendat ad valorem legitimæ eis debitæ: & consequenter eas cogi minime posse ad cautionem dandam filiis, de non petendo quicquam aliud ex hereditate paterna.

Hanc sententiam amplexi sumus, moti ex communi & vera doctorum sententia, quam & supra retulimus in secunda quæstione. Quod etsi parens in testamento iusserit filio, vt sit contentus portione sibi relicta, & aliud petere non possit, quinimo aliud
34 petendo priuetur re † relicta, nihilominus filius consequi debet rem relictam, & vlterius ei actio competit ad petendum supplementum legitimæ, *per text. in §. cæterum. in authen. vt cum de app. cog.* Baldus, Salyc. Paulus Castrensis & Iason *in l. omnimodo. C. de inoff. testam.* Deci. *in consilio 228. numero tertio.* Ioann. Cæphalus *in consilio 95. numero septimo.* Idem Iason *in l. si quando. §. vltimo. C. eod. tit.* Vasquius *de successionum creatione. in prima parte lib. 1. §. 10. n. 303.* Antonius Gabriel. *lib. 6. commun. conclus. tit. de legitima. conclu. 1. num. 32.*

Quod si quantitas legati maxime coniuncta cum aliis rebus, in quibus filiæ institutæ sunt, excedat legitimam, tunc quia filiæ aliud petere nō possunt, ex bonis patris, cogi etiam merito possunt ad faciendam filiis liberationem & cautionem exponendam, de vlterius aliquid non petendo ex paterna hereditate, per ea quæ supra diximus in principio quæstionis.

Modus autem sufficiens, vt filii cauti reddantur, erit, si filiæ liberabunt eos ab omni iure & actione, quæ illis competat in bonis patris ratione legitimæ, vel eius supplementi, facientes nominatim fratribus finem, & liberationem, ac pactum de non petendo aliquid aliud, prætextu dictæ legitimæ, vel supplementi eius, fatentes se bene solutas, contentas & satisfactas de dicta legitima, ac eius supplemento & patris iudicium ac voluntatem in omnibus approbantes. *tex. est in l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. testam.* & ibi omnes doctores. Socinus iunior. *in consi. 122 nu. 9. lib. 1. & 136. n. 16. eod. vol.* Andreas Geill. *lib. 2. practi. obseru. cap. 120 post num. 12.*

Non obstant contraria, quia vnico verbo omnia tolluntur. Etenim ea procedunt, quando filius cui aliquid minus legitima est relictum, illud acceptaret simpliciter, approbando voluntatem patris, sed nos loquimur quando legatum soluitur filiabus, an possint adhuc aliud petere, non obstante solutione facta, præsupponendo quod simpliciter illud acceptare nolint, nec propter talē solutionē approbare patris iudicium, ac voluntatem, sed velint etiam vlterius aliquid petere pro supplemento legitimæ debitæ, quod ius eisdem competere dicimus ex superius dictis, quicquid sit quando voluntatem patris approbarent, atque testamento acquiescerent, quemadmodum loquuntur adducta in contrarium. Et de septima quæstione hactenus.

Sequitur octaua quæstio, Vtrum filiabus petentibus, vel illarum maritis, vires & facultates hereditatis sint aperiendæ.

Et sine controuersia putamus esse de iure aperiendas tribus rationibus.

Primo, quia vbi heres deliberare intendit, an velit hereditatem adire vel repudiare, vt facilius deliberare possit, exhibenda sunt illa instrumenta & iura † hereditatis, vt ea inspiciat ac deliberet. *l. Aristo. ff de iure delib.* vbi Paulus Castrensis & alii notant. 35
l. Aristo. ff. de acquirend. hered. ergo similiter filiabus istis heredibus institutis, vt in testamento vires hereditatis erunt aperiendæ, vt deliberare possint, an velint bona in quibus institutæ sunt, nec non alia relicta acceptare, ac voluntatē patris agnoscere ac probare, an vero repudiatis legatis integram legitimam sibi debitam petere, & quod vires hereditatis aperiendæ sint legatariis petentib. textus est *in l. penult. §. fin. ff. ad l. falcid.*

Secunda est ratio, quia legitima † ex singulis 36
rebus hereditariis debetur, vt docet Baldus *in leg. filium quem habentem. C. fam. her. isc.* & ibi etiam Salyc. Cucchus *de legitima. in titulo, vtrum legitima sit deducenda de singulis rebus. numero vigesimo & vigesimo secundo. & pluribus sequentibus.* Menochius *de arbitrariis iudicum. casu 163. numero 17. & 18.* Quanquam ex singulis rebus deduci non possit, sed ex vna vel duabus, arbitrio boni viri, vt per doctores *vbi supra*, & late

O 3 per An-

per Anton. Gabrieli. *comm. concl. lib. 6. tit. de legitima. concl. 3. in princ.*

Cum ergo ex omnibus bonis legitima debeatur, & assignanda sit ex vna vel duabus rebus arbitrio boni viri, sequitur dicendum, omnia bona hereditaria esse filiabus petentibus aperienda, vt sic ex eis legitima debita assignari possit. Nam quan-
37 do aliquid conceditur, illud etiam † concessum intelligitur, sine quo non peruenitur ad illud. *l. 2. ff. de iurisdiction. omn. iud. l. oratio. ff. de sponsalib. l. ad legatum. l. ad rem mobilem. ff. de procurator.*

Tertia ac postrema ratio est, quia vbicunque hereditas auferri potest possessori, is cogitur ad de-
38 scriptionem † faciendam, vt sciri possit, quid sit restituendum. *l. 1. §. eligitur. ff. de ventre in possess. mitt.* Hinc dicimus heredem ad instantiam fideicommis-
39 sarii teneri facere inuentarium † rerum hereditariarum, vt sciatur, quæ sint bona, & ne fraus committatur, Paulus Castrens. *in l. cum tale. §. 1. ff. de cond. & demonstr.* late Ruland. à Valle *de confectione inuentarii. in 2. parte. q 19.* Sed auferri potest hereditas per filias pro rata portione legitimæ eis debitæ ex omnibus bonis hereditariis, igitur ne fraus committatur, & vt sciatur in veritate, quæ sint bona hereditaria, illa omnia sunt filiabus, vel per descriptionem, vel aliter manifestanda. Quinimo post Ferdinandum Ilerdensem, quem citat, dicit Couuaru. *lib. 2. variar. resolut. cap. 14. num. 4.* inuentarii confectionem
40 remitti † non posse in præiudicium legitimæ. Et hæc de octaua dubitatione.

Nona est dubitatio. Vtrum iussus paternus de non diuidendo prælegato, sed eo vel ad vsuras licitas, vel in prædio collocando iure valeat.

Et quidem prima consideratione dicendum videbatur de iure non valere, ex eo quod habetur *in l. in hoc iudicio. §. si conueniat. ff. communi diui.* vbi non
41 valet † conuentio inter partes facta de non diuidenda. Igitur arguendo de contractibus ad vltimas voluntates, nec præceptum testatoris, quo diuisio prohibetur, valet. Atque ita argumentando docet Paulus Castrensis *in l. si non sortem. §. si centum. ff. de cond. indebiti.* Sequitur Iason, *ibi*, & ita respondit Alexand. *in cons. 110. num. 5. libro tertio*, & alios citat Viuius *in collecta commun. opinion. in verbo, legitima nullum grauamen.*

Et licet pactum de non diuidendo valeat, quando fit relatio ad certum tempus, & consequenter etiam eo casu valeat præceptum seu iussus testatoris, vt dicunt præfati doctores in locis allegatis, tamen in casu nostro præceptum testatoris non refertur ad certum tempus, sed simpliciter prohibet testator diuisionem, dicens. *Porro volo, & constituo, ne filii mei summam* ooooo. N. *inter se diuidant, sed sub licitu vsuris mutuam dent.* & paucis interiectis verbis. *Et si quidam eorum huic meæ dispositioni contrauenient, eam pecuniam diuidi postulauerit, & virilem suam portionem inde petierit, nec de sua sententia se deduci passus fuerit, is illa priuetur, & ea reliquis filiis meis mihi morem gerentibus tota cedat.* Cum ergo simpliciter prohibita sit diui-
42 sio, talis prohibitio videtur generalis † ac perpetua omne tempus comprehendens, *l. 1. §. generaliter. ff. de leg. præstan.* facit quod tradit Bartol. *in l. fine præfinitione. ff. de pœnis.* vbi licet, quando quis damnatur in metallum non expresso certo tempore intelligatur decennio vt ibi, tamen, quando simpliciter damnatur, intelligitur perpetuo, refert & ita in proposito similis conuentionis de non diuidendo, argumentatur Socinus senior *consil. 278. num. 12. vers. aliquando & quinto. lib. 2.*

Verum istis non obstantibus diligentius omnibus perspectis ac discussis, contrariam sententiam veriorem esse putauimus, quod scilicet huiusmodi testatoris præceptum seu iussio de non diuidendo dictas pecunias valeat, & seruari debeat per dictos filios vsquequo vixerint, seu donec eorum aliquis moriatur.

Moti autem sumus iis rationibus. Primo, quia licet regulariter non valeat præceptum † testatoris 43
de non diuidendo, sicuti nec pactum valet, tamen id non procedit, quando ex causa iusta & rationabili fit eiusmodi præceptum, sicut enim ex causa prohiberi à testatore potest alienatio, ita & diuisio, sic docet Alexand. *in l. si non sortem. § si centum. ff. de condit. indeb.* Sed in proposito causa subest, propter quam inductus est testator ad prohibendam diuisionem. Ait enim testator. *Si quoque commode id fieri possit, volo, vt filii mei dictam pecuniam, in emptionem prædii alicuius collocent.* Hæc etenim est ratio, qua commotus constituit, vt hanc pecuniam indiuisam seruarent.

Secundo valet pactum † inter socios de non di- 44
uidendo donec vixerint. *l. 1. ff. pro socio.* licet pactum, vt diuisio non fiat in æternum non subsistat, vt ibi notat glossa: testator ergo iubere filiis suis potuit, ne, donec viuerent, pecuniam illam diuiderent, & cum simpliciter eis diuisionem prohibuerit intelligitur vsque ad eorum vitam prohibuisse, & ideo valet & tenet talis prohibitio. ita in terminis præcepti testatoris de non diuidendo facti simpliciter, & absque temporis determinatione decidit Alexander *in consil. 110. num. 5. lib. 3.* refert & sequitur Decius *in consilio 265. num. 2. & 3. & in consil. 442. nu. 25.* Decium refert & sequitur Ioan. Dilectus *de arte testandi tit. 8. de variis testatorum præceptis. cautela octaua. num. 4.*

Quorum traditio confirmari potest ex regula iuris, quæ habet testatoris dispositionem intelligendam esse secundum legum censuram ac dispositionem, Bartol. *in l gallus. §. 1. ff. de liber. & posthumis. in l. heredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebellian.* Alciatus *de præsumptionib. reg. 3. præsumpt. 32.* Cæphalus *cons. 436. numer. 55. lib. 3.*

Cum ergo testator simpliciter † filiis suis prohi- 45
buerit ne diuidant, talis prohibitio debet intelligi eo modo, quo fieri de iure potest: talis prohibitio fieri autem potest vsque ad vitam filiorum. *vt in l. 1. ff. pro socio*, & latius probat Ioan. Dilectus *de arte testandi. titul. de variis testatorum præceptis, cautela octaua. num. 3. & 4.* Igitur hoc modo facta intelligitur.

Tertio moti sumus ex eo, quod in casu magis dubio tradit Florianus *in d. l. in hoc iudicio. §. si conueniat. ff. commu. diui.* si fiat conuentio, ne in perpetuum diuisio † fiat, talis conuentio valet & intelligitur in 46
perpetuum, id est, donec alter eorum viuat, sequitur Iason *in dicta leg. si non sortem. § si centum. numero octauo. vers. limita tamen. ff. de cond. indeb.* Eandem Floriani doctrinam sequitur Decius *in dicto consil. 265. numero 2. & 3. & dicto cons. 442. num. 25* Ioannes Dilectus *de arte testandi loco supra relato.* Clarus. *§. testamentum. quæst. 67.* Geill. *lib. 2. obseruation. 139. num. 17.* Decius *consil. 441.* Tiberius Decianus *cons. 22. numer. 13. lib. 3.* Surdus *cons. 20.*

Non

Non obstant adducta in contrarium, quia quod dicitur in dicto §. *si conueniat*, intelligi debet de pacto
47 de non diuidendo † in æternum *leg. nulla. ff. pro socio.* illa enim dictio omnino *de qua in d. §. si conueniat*, habet naturam præcisam, *leg. 1. § si pecuniam. cum glo. ff. de po* cum aliis allegatis per Andream Siculum *cons. 64. col. 4. lib. 1. & 45. colum. 3. lib 2.* & propterea omne tempus continet Ita declarat Io. Dilectus *de arte testandi. loco superius memorato.* Decius & alii supra relati.

Non obstat quod tradit Socinus senior *in dicto consilio 278. num. 12.* Quia fatetur etiam ipse talem conuentionem de non diuidendo, vel non valere, vel non extendi vltra vitam paciscentium. Et in conuentione simpliciter facta militat ea ratio, quã perpendit ibi Socinus, quod secundum naturam contractus perpetua & ad heredes transitoria intelligitur. Quæ quidem ratio non procedit in dispositione testatoris, quæ talis esse intelligitur, qualis de iure esse potest, *vt supra diximus.* Si tamen filii concorditer & communi consensu ad diuisionem deuenire vellent, possent, cum testator eam prohibuerit in fauorem eorum, & pœnam eisdem applicauerit, sicuti late docet ac probat Io. Dilectus *vbi supra.*

Vltima restat dubitatio de pecunia filiabus relicta ad faciendos sumptus nuptiarum, quia alternatiue relicta est quantitas oo. N. aut ooo. N. vtrum filii soluendo minorem summam liberentur. Et bre-
48 uiter dicimus quod licet in † alternatiuis sit electio debitoris, *leg. plerunque. §. si ff. de iure dotium. cap. in alternatiuis. de reg. iur. libro sexto.* In legatis tamen in testamento relictis hæc est communis & vera doctrina, & distinctio. Aut verba diriguntur ad heredem, puta, si dicat testator heres meus dato hoc vel illud, & tunc electio est heredis. Aut verba diriguntur ad legatarium, vt puta si dicat, vendicato vel percipito tibi rem hanc vel illã, & tunc electio est legatarii. Aut testator vtitur verbo lego, quod est indifferens, vel
49 simili, tunc in dubio † electio est legatarii non heredis. Ita distinguit glo. communiter ibi approbata, *in leg. Lucio. ff. de leg. 2.* Dynus *in regula, in alternatiuis de reg. iur. libro sexto.* Alexander *in leg. qui duos. ff de leg. 1.* Imol. Felin. & Ripa *in cap. inter cæteras. extra. de rescriptis.* Sequitur Euerardus *in locis legalib. loco à natura alternatiua. col. 2. vers. sed dicta regula.*

In casu autem nostro testator vsus est verbis indifferentibus, dicens. Singulæ filiarum mearum oooo. N. in dotẽ do, & ooo. N. aut oo. N. ad faciendos sumptus in nuptias. Quare ex his concludimus filios dando minorem summam minime liberari, sed electionem ad filias legatarias spectare. Et hæc nobis dicenda occurrerunt pro responsione ad decem quæstiones propositas à nobis petita. Ad laudem Dei & beatæ Virginis Mariæ, nec non Diui Gregorii, cuius festum hodie celebramus.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Nobili N.

Argumentum Consilii XXVIII.

De interpretatione contractus an sit pignus, vel venditio, seu alius contractus.

Summaria.

1 *Antichrisis quid sit.*
2 *Simulatio contractus arguitur ex modicitate precii.*
3 *Simulationis coniectura in contractu.*
4 *Simulationis in contractu coniectura alia.*
5 *Domini rei interest eam conseruari in suo statu.*
6 *Dominium per venditionem transfertur si venditor sit dominus.*
7 *Quilibet rei suæ moderator.*
8 *Rei venditæ commodum transit in emptorem.*
9 *Possidere dicitur is, qui pignori rem tradidit creditori.*
10 *Res pignorata domino ipsius perit.*
11 *Natura rei gestæ magis spectanda, quam verborum sonus.*
12 *Contractus talis dicitur, qualem contrahentes appellant.*
13 *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio.*
14 *Contractus natura quando attendi debeat.*
15 *Contractus præsumitur verus & non simulatus.*
16 *C. ad nostram. de emp. & vend. expenditur.*
17 *Simulatus contractus an præsumatur ex modicitate precii & pacto retrouenditionis.*
18 *Tractantur multa quæ non perficiuntur.*
19 *Pactum vt nõ liceat venditori redimere nisi post biennium est licitum.*
20 *Res vendita cum pacto redimendi si absque culpa emptoris diminuatur, nullum is periculum sentit.*
21 *Sumptuum ratio habetur vbi res redimitur ex pacto retrouendendi.*
22 *Emptor cum pacto retrouendendi non tenetur recuperare rem amissam sine sua culpa.*
23 *Transactio quid.*
24 *In læsione vltra dimidiam attenditur tempus contractus.*
25 *Et pacta etiam in contractu inita sunt consideranda.*
26 *Fructus à creditore percepti ex re pignorata in sortem sunt imputandi.*
27 *Emptor cum pacto retrouendendi fructus interim facit suos.*
28 *Error iuris non præsumitur.*
29 *Fallit quando alias præsumendus esset dolus vel fraus.*
30 *Error iuris an sufficiat ad fructuum acquisitionem.*
31 *Actio omnis tollitur spacio 30. vel 40. annorum.*
32 *Præscriptio temporis immemorialis quæ.*
33 *Præscriptio temporis immemorialis habet vim tituli & constituti.*
34 *Præscriptio temporis immemorialis nunquam censetur exclusa.*
35 *Actio ex l. 2. C. de rescind. vend. tollitur spacio 30. annorum.*
36 *Heres præsumitur in bona fide.*
37 *Mala fides authoris non nocet bonæ fidei successori.*
38 *Triennio fructus vsucapiuntur & consumuntur.*
39 *Creditores non possunt vsucapere res pignoratas.*
40 *Præscriptio cum mala fide non procedit.*
41 *Et hoc procedit in omni præscriptione.*
42 *Mala fides est scientia rei alienæ.*
43 *Successor præsumitur habere ignorantiã eorum, quæ defunctus fecit.*
44 *Mala fides defuncti nocet heredi in præscriptione longi temporis.*
45 *Idem in longiss. temporis præscriptione.*
46 *Præscriptio temporis immemorialis non habet locum, vbi constat de veritate rei & mala fide vera.*
47 *Fructus ab herede percepti an sint restituendi, quando defunctus in mala fide fuit.*
48 *Titulus iniustus excusat à mala fide.*
49 *Et quomodo id procedat.*
50 *Bona fides vnde causetur.*

51 *L.2.C. de pact. inter empt. & vend. circa fructus post oblatam quantitatem perceptos expenditur.*

52 *Vsuræ maiores per longum tempus remissæ dicuntur.*

Christi redemptoris inuocato præsidio.

QVOD attinet ad primam quæstionem, an con-
tractus de quo agitur sit emptio & venditio, vel
pignus seu antichrisis, vel transactio, vel datio in so-
lutum, vel alius contractus innominatus?
1 Videtur esse antichrisis. Nam antichrisis est † pi-
gnus, quod ita datur, vt eius vsum & fructus credi-
tor sibi pro vsuris computet *leg. si is qui mihi bona.* §. 1.
ff. de pig. leg. si ea lege. l. si ea pactione. C. de vsuris. Alciat. *lib.
2. dispunct. cap. 3.* Gregorius *in Syntagm. libro 23. cap. 5.
nu. 1.* Constantin. Harmenop. *tit. de antichrisi.* Cuiac.
lib. 3. obser. ca. 35. Andr. Geill. *lib. 2. obser. 3.*
Sed hic fuit actum, vt is, qui pecuniam mutuauit
castrum debitoris reciperet, atq; vteretur & fruere-
tur, ergo est antichrisis.
Accedit quod iste nobilis ære alieno oppressus e-
rat, & bis ac ter dicitur mutuo accepisse pecuniam,
de qua in contractu, & quod castri æstimatio longe
maior est pecunia data, ideo non obstat quod ap-
pelletur venditio cum pacto retrouendendi, quia
2 plus valet quod agitur, quam † quod simulate con-
cipitur *cap. ad nostram. & ibi* Glos. *in versic. emptionis. de
emp. & vend.* vbi quod ex modicitate precii & pacto
retrouenditionis contractus arguitur simulatus &
fœneratitius: Eandem sententiam amplexi sunt Pa-
norm. 161. *numer. 4. & in cons. 76. libro. 1.* idem notant
Imola *ibidem.* & Ioan. de Anan. Castr. *cons. 109. libro 2.*
Alexander *consil. 46. libro 3. & 54. libro 6.* Guido Papæ
cons. 180. Afflict. *decis. 40. 65. & 339.* Feratius *caut. 17.*
Parisi. *cons. 54. numer. 61. & 55. num. 19. lib. 1.* Cassiodor.
decis. 1. tit. de vsur. Iacobin. *in leg. si quis nec causam.* §. 1.
ff. si cert. pet. Chassaneus *in consuetud. Burgundiæ. rub. 5.
numer. 21. vers. aduerte.* Grammat. *decis. 76. numer. 30.*
Crauett. *consil. 156. numer. 4. & 7.* Natta *consil. 198. nu-
mero 8. libro primo* Viuius *commun. opin. vers. vendere. &
versic. contractus.* Lupus *ad leg. secundã. Cod. de pact. inter
empt. & vend. in 2. parte. numer. 29. vers. tu tamen.* Colle-
gium Mediolanense & Papiense apud Cæpollam
de simul. contr. numer. 100. Siculus *consilio 51. libro primo.*
Deci. *consilio 692.* Grat. *consilio 141. numero quinto. li-
bro primo.* Becius *consilio 52. numero septimo.* Vrsill. *ad
Afflict. decis. 65.* Mandosius *ad Roman. consilio 423. in fi-
ne.* Stracca *ad Crauett. consilio 156.* Cotta *in ver. pactum
de retrouendendo.* Riminal. seniòr *consilio 318.* Riminal.
iun. *consilio 218. num. 122. libro secundo.* Gabriel. *cons. 74.
num. 3. lib. 1.*
3 Et in casu isto concurrit alia † coniectura: quia
debitor petebat mutuo pecuniam, vt apparet ex li-
teris: & sic apparet creditorem non simpliciter mu-
tuare ei voluisse sed sub pignore castri, licet in specie
venditionis cum pacto reuendendi contractus vi-
deatur esse celebratus. Hanc coniecturam perpen-
dit Cæpolla *de simul. contr. numer. 15. vers. item præsumi-
tur.* Grammat. *decis. 76. numer. 4.* Menoch. *cons. 109.
num. 19. lib. 2. & de præsump. lib. 3. præsump. 122. n. 46. vers.
est & secundum signum.*
Amplius hic pactum interpositum fuit, vt non li-
ceret intra biennium castrũ reluere, sed creditor per
dictũ biennii tempus esset ab omni reluitione secu-
4 rus quod arguit † simulationem *vt in dict. cap. ad no-
stram.* Cæpoll. *vbi supr. nu. 49. vers. Decima præsumptio.*
Baldus *consilio 487. apparet. libr. primo.* vbi signanter re-
spondit in pacto ne venditor posset reluere, nisi post
biennium. Castr. *consilio 109. numer. 2. versicul. sunt et-
iam alia. libro secundo.* Panormitan. *dict. consilio 76. nu-
mero secundo. libro primo. & in dict. cap. ad nostram. in 3.
casu.* Alexander *consilio 109. in fine. libro quarto.* Guido
Papæ *quæst. 516.* Iason. *consilio 150. numero primo. libro
primo.* Tiraquellus *de retract. conuen. §. 1. Gloss. 2. numer.
69.* Crauetta *consilio 156. numero quinto.* Cagnol. *in leg.
secunda. numer. 60. Cod. de pact. inter empt.* Neuiz. *consilio
88. numero quarto.* Couarru. *libro tertio. variar. cap. 8.
in fine.* Lupus *ad dict. leg. secund. in 2. parte. numero 40.*
D. Decianus *consilio 105. numero 21. libro secundo.* Ga-
briel. *consilio 74. numero 5.* qui dicit hanc esse conie-
cturam vrgentissimam *lib. 1.* Conradus *de contractib. q.
83. quæst. 8.*
His accedunt pacta quædam inter partes con-
uenta, quæ cum pignoris contractu optime conue-
niunt, cum emptione autẽ & venditione nequaquã.
Primum est, vt creditor castrum illud in antiquis suis
iuribus, priuilegiis, immunitatibus & consuetudi-
nibus tueretur & conseruaret. Hoc pactum pignora-
tioni consonat, quia per eam non transfertur domi-
nium castri in creditorem, & idcirco debitoris qui
dominus castri manet † interest, illud conseruari in
suis iurib. & priuilegiis, argum. *leg. 4. 5. 6. 7. 8. C. de pign.
actio.* Venditioni vero nequaquam, videtur cõueni- 5
re, quia post perfectam venditionem omne pericu-
lum & omne commodum & incommodum ad em-
ptorem spectat *l. 1. & 2. C. de peric. & comm. rei vend.*
Alterum pactum est, vt creditor castrum & ædifi-
cia sarta tectaque conseruaret, & ne quid noui ædifi-
caret sine licentia & consensu ipsius debitoris. Ista sa-
ne contractui venditionis repugnare videntur, nam
cum per eam dominium transferatur si † venditor 6
sit dominus *leg. ex empto. ff. de act. empt. leg. cum manu
sata. §. vlt. ff. de contrah. empt.* ad ipsius emptoris curam
pertinet, rem emptam sartam tectam conseruare, ne-
que pacto ad id debet adstringi. Præterea liberum il-
li est ædificare & rem meliorem efficere, vel deterio-
rem, quia vnusquisq; rei suæ † moderator & arbiter *l.* 7
in re mandata. C. mand.
Aliud pactum est etiam conuentum, quo debito-
ri reseruatur liber accessus ad d. castrum & recessus,
ita vt semper illi hoc castrum esset aperta & libera
domus, pro necessitate sua, sine damno tamen credi-
toris.
Hoc sane pactũ castri pignoratũ indicare videtur,
non autem venditionem, quia per venditionem ca-
strum in aliũ transfertur, & proinde venditor † eius 8
vsu & cõmodo prohibetur, ad emptoremq; transit,
l. 1. & toto tit. de peric. & com. rei vend. per ipsam autẽ rei
pignorationem, quia res manet in dominio debi-
toris, non amittit debitor illius cõmodum & posses-
sionem. Qui enim pignoris † causa fundũ tradit cre-
ditori, intelligitur possidere, inquit tex *in l. qui pigno.* 9
ff. de acq poss. & ideo creditor ipse non possidet *l. sciendum. §.
creditor. ff. qui satisd. cog. l. pign. ff. de vsuca. l. pen. ff. vti possid.*
Deniq; & illud pactum pignorationẽ arguit quo
cautum est, vt si contingeret castrum illud vel credi-
tori, vel præfectis suis, vi aut armata manu eripi, cre-
ditor ipse pro iurib. illud recuperare teneretur: quid
enim venditori pactum istud prodesset cum pericu-
lum sit emptoris, vt vi ablatum castrum emptor ipse
recuperaret? Sed quia † res oppignorata perit domi- 10
no ipsius *l. pignus. C. de pig. act.* multum ipsius debito-
ris interesse potuit, vt castrũ vi ablatũ recuperaretur.
Neq; his argumentis obstare videbatur, quod sæ-
pius contrahentes emptionis & venditionis nomen
vsurpa-

vsurpauerint, tam in literis contractus, quam in lite-
11 ris reuersalibus: quia magis † attendi debet natura rei gestæ & materia subiecta quam verborum sonus, ad contractum ipsum qualis sit initus diiudicandum *l. si vno. ff. loca. l. insulam. ff. de præscrip. ver.* Affl. *dec.* 172. *in fin.* Neuiz. *cons.* 92. *nu.* 12. Bellon. *cons.* 21. *n.* 4 5. Natta *cons.* 49. *n.* 14. Menoc. *de præsumpt. lib.* 3 *præs* 105. *n.* 10. 11.

Hæc sunt argumenta, quæ adferri ac perpendi possunt in hac prima quæstione, ad hunc effectũ vt contractus quo de agitur, ad pignus referendum esse videatur.

Cæterum & pro emptione & venditione non desunt argumenta: Illud enim satis perspicuum esse videtur, quod non semel contractus, de quo agitur, ab ipsis contrahentib. emptionis & venditionis appellatur, verum sæpius tam in literis reuersalibus, quam ipsius contractus, in quib. septies aut octies plus minus emptio & venditio appellatur. Est autem hæc à
12 Dd. recepta & approbata doctrina, talem † contractum celebratũ inter partes videri, qualem ipsi contrahentes appellarunt *arg. l. fideiussores magistratuum. §. 1. ff. de fideiuss. & mandatorib. l. si aliu. ff. de vsufr. leg. l. nõ aliter. de leg.* 3. *l. interest. C. de solutio. l. Labeo. ff. de supel. leg.* Oldrad. *cons.* 159. Dec. *in auth. ex testamento. col.* 3. *C. de testa. & in cons.* 208. & 468. Tiraq. *ad l. si vnquam. in vers. libertis. n.* 8. 9. *C. de reuoc. don.* Neuiz. *cons.* 92. *num.* 1. 2. Natta *cons.* 49. *n.* 14. Menoch. *de præsump. l. b* 3. *præsump.* 105. *in princip.* Tib. Decian. late & fere in terminis *in cons.* 2. *n.* 61. 62. *lib.* 1.

Et præter contrahentium appellationem sæpius factam emptionis & venditionis, in ipsis verbis dispositiuis cõtractus ita dicitur, in modum & speciem venditionis ad perpetuam retrouenditionem vendimus &c. Hæc autem verba clarissima denotant venditionem cum pacto retrouẽditionis, vt patet. In
13 autem in verbis † nulla est ambiguitas, non est inquirenda voluntatis quæstio *l. ille aut ille. §. cum in verbis. de leg.* 3. & in claris nõ est opus coniecturis *l. continuus. §. cum ita. ff. de verb. obl.*

Nec obstare videbatur, quod verba contrahentiũ intelligenda sint secundum subiectam materiam, & ad contractum cognoscendũ nõ tam verba spectanda esse quã effectum rei & naturã eius, quia id procedit quando omnino constat de natura contractus &
14 res est clara, tunc † enim natura contractus attẽditur, non aũt verborum sonus, & ita loquitur *l. insulam. ff. de præscrip. verb. l. si vno ff. loca. & Dd. qui supra allegati sunt.* Aliter aũt respondendũ videtur, quando res est ambigua, vt in casu nostro, quia tunc à verbis recedendum non est *l. non aliter. de leg.* 3. & declarat Menoch. *de præsumpt. lib.* 3 *præsumpt.* 104. *n.* 31. 32.

Quod autem res sit dubia in proposito nostro, vel ex eo intelligi potest, quod nullum argumentum superius allatum, ad ostendendum contractũ, de quo agitur pignori potius conuenire, & illius naturam imitari, satis firmum videri potest.

Nam quod primo loco adducebatur modicitatẽ precii & pactum retrouenditionis sufficere ad simulationẽ contractus probandam, quasi aliud scriptum sit in instrumento, aliud vero actum: scriptum quidẽ sit rem venditam, sed re vera actũ, vt pignorata esset. Id inquã nõ videtur iure ꝓbari; quia cõtractus præ-
15 sumitur † verus & non simulatus, *arg. l. cum precib. C. de probatio.* nor. Dec. *ad l. rogasti §. si tibi. n.* 6. *ff. si cert. pet.* cõfert *l. præuaricatio. nu. § vlt ff de præuaricatio. c. vlt.* 31. *q. vlt. c. præterea.* 11. *distinct.* Federic. Senen. *cons.* 303. *q. vertitur. in* 2. *col. vers. de quinto.* vbi dicit ad cognoscendũ contractum simulatũ formam ipsius esse inspiciendam, & quod si sonat in venditionem non debet censeri simulatus Bald. *cons.* 39. *n.* 5 & 210. *vers. Item contractus qui potest interpretari in bonam partem, non debet interpretari in malam, &c.* 3. *vol.* Bartol. *cons.* 65. *factum tale est.* Petr. Nicolæ. *colum.* 2. *vers. sed ad hoc est dicendũ* Hæc & alia plurima in hanc sententiam cõmemorat Tib. Decian. *cons.* 2. *n.* 65. 66. 67. *lib.* 1.

Nec obstat tex. *in d. c. ad nostram. de emp. & vend.* quoniam in illa facti specie † multa alia concurrebant 16
argumenta simulationis atq; illud inter alia quod à septẽnio vsque ad nouennium tantum debitori permissum erat rem redimere, ita vt post nouenniũ non posset amplius redimere sicuti late & docte perpendit Tib. Decian. *in cons.* 2 *n.* 134 *lib.* 1

Et quod modicitas precii & pactum retrouenditionis non sufficiant † ad contractũ simulatum præ- 17
sumendum, non pauci neque obscuri nominis authores existunt: Ita enim docuerunt olim Iacob. de Arena, Cynus, Bald. Albert. Salycet. & Fulgos. *in leg. emptione. C. plus valer. quod agitur &c.* Andr. Iser. *in d. c. ad nostram. & cons.* 277. Card. Zabarella *in c. illo vos. de pigno.* Laurentius de Rodulphis *in tract. de vsuris. quæst.* 60. Bald. *cons.* 133. *lib.* 1. & 205 *li.* 2. & 259. *li.* 5. Cuman. *cons.* 784. Iason. *cons.* 150. 151. 153. *lib.* 4. Henric. Boic. *in d. c. ad nostram.* Fabian. à Monte *de emp. & vend. in* 7. *q. princ. vers. sexto quæro.* Hostien. *de empt. & vend. §. qualiter rescindatur, vers. vlt.* Alex. *cons.* 109. *lib.* 4 Socin. sen. *cons.* 248. *lib.* 2 Socin. iun. *cons.* 50. *lib.* 1. Dec. *cons.* 167. *n.* 4. & 648. Ruin. *cons.* 16. *n.* 11. *lib.* 4. Boer. *decis.* 102. & *in cons.* 31. Coras. *lib.* 3. *miscellaneor. c.* 9. Cagn. *ad l.* 2. *n.* 51. *C. de pact. inter emp. & vend.* Ofasc. *decis. Pedem.* 41. Rolan. à Valle *cons.* 58. *n.* 10. *li.* 4. Cæphal. *cons.* 289. *n.* 37. *li.* 2. Tib. Decian. *d. cons.* 2. *n.* 176 *lib.* 1. Menoch. *de arbitr. iud. casu.* 217. Tiraq. *de retract. cõuen. in præfatio. n.* 7. Calcan. *cons.* 8. Purpurat. *ad l. rogasti. §. si tibi. ff si cert. pet.* Berous *cons.* 212. *n.* .. *lib* 3 & 165. *n* 24. *li.* 1. & 169. *n.* 18. *eod li.* Alex. de Neuo *cons.* 95. *n.* 21. Neuiz *cons.* 88. Egid. Bellam. *decis.* 7. Bursat. *cons.* 177. *n.* 12.

Quod autem secundo loco dicebatur illud etiam cõcurrere in casu nostro quod debitor mutuo pecuniã à creditore petiit, cuius in literis contractus mentio facta est, non videbatur huic sententiæ repugnare. Primo quia S. Pontifex *in d. c. ad nostram. de empt. & vend.* nõ ponit vim in ea re, sed in aliis circumstantiis quæ ibi intra venerunt. Deinde quia nõ est habenda ratio eorum, quæ inter contrahentes antea tractantur, sed spectanda est ipsa conuentio & conclusio ipsius contractus; quæ in casu isto non fuit mutui sed venditionis cum pacto redimendi Multa n. tractantur † quæ non perficiuntur, vt dicebat Bald. *in l. mul-* 18
tum interest C. si quis alteri vel sibi. col. 2. & tractatus separatus est ab ipso cõtractu *c. tua. de his quæ fiunt à prælatis.* Hinc dicebat idem Bald. *in l. cum allegas. col.* 2. *vers. suas etiam. C. de vsur.* non sufficere probare ratiocinationẽ & verba inter partes facta esse de contractu, nisi probetur ꝙ conclusio firmata sit, quia multa dicuntur quæ nõ fiunt *l. sciendum. in fin. ff. de ad. l. edict.* Et tota vis in conclusione consistit *l. si voluntate. C. de rescind. vend.* sicq; argumentatur Alex. *in cons.* 31. *lib.* 1. & 57. *in fin. lib.* 6. Dec. *in cons.* 488. *n.* 10. & alii passim.

Sed nec illud obstare videbatur, quod tertio loco dictũ erat nimirũ in nostra facti specie actũ esse, vt nõ liceret debitori castrũ redimere, nisi post biennium. Etenim † pactum eiusmodi non est iure prohibitum 19
vt in terminis nostris dicit Bald *in c.* 1. *nu.* 8. *vers. quæro de quibusdam pactis de feudo dato in vicem legis commissoriæ.* idem post Io. Fabrum & alios respondit Tib. Decian. *cons.* 2. *n.* 131. *lib.* 1.

Et hæc

Et hæc sententia confirmari potest ex eo, quod fundamentum eorum quibus eiusmodi pacta suspecta sunt est, *in dict. cap. ad nostram de emp. & vend.* quod fundamentum nō est satis firmum, quandoquidem tex. ille loquitur de alio pacto longe diuerso, quo nimirum inter partes conuentum fuerat, vt à septennio vsque ad nouennium tantum redimere liceret venditori, ac proinde facultas redimendi restricta erat ad certum illud tempus, quo elapso, sublata erat, quam pacti qualitatem late expendit in hoc proposito Tib. Decian. *loco proxime citato num.* 134.

At in casu nostro post bienniū quandocunq; permissum fuit creditori castrum redimere, vt habetur in literis contractus.

Porro neque pacta videntur admodum suffragari contractui pignoris, etsi enim illa contractui venditionis repugnare, pignoris autem cōtractui maxime congruere videantur, tamen in proposito hoc nostro consideranda est nō simplex & absoluta venditio, sed cum pacto retrouenditionis, quæ omni iure permissa est, vt late explicat Tiraquel. *de retract. conuent. in præfatio.* Pactum enim retrouendendi hoc efficere videtur, vt venditor propter ius & spem, quam habet, rem venditam precio restituto recuperandi, de illa maxime sit sollicitus, vt conseruetur in suis iuribus & priuilegiis, & ideo absurdum non est, hæc in pactum deduci, vt scilicet emptor interea rem conseruet in suis iuribus & priuilegiis, & vt ædificia sarta tecta cōseruet. ne scilicet deterior restituatur: quan-
20 quam si absque emptoris culpa aliquid † minueretur, non posse eo nomine conueniri, vt declarat Cag. *ad l. 2. C. de pact. inter emp. & vend. nu.* 139.

Eiusdem generis est pactum illud, ne liceat emptori aliquid noui ædificare sine licentia & consensu venditoris. Nam ipsius venditoris interest eiusmodi sumptus non fieri absque consensu suo, quia eorum
21 ratio habetur † cum retrouenditur castrum ex pacto *arg. leg. in fundo. leg. emptor. ff. de rei vind. leg. Colonus. ff. loca l. domos. de leg.* 1. Fabian. à Monte *de empt. & vend. in 8. part. princ. numero quarto. versicul. 3. effectus.* in terminis nostris Cagn. *ad leg. 2. nu.* 175. *C. de pact. inter emp. & vend.*

Nec illud etiam pactum iis obstare videtur, quo actum est, vt debitori liber ad ipsum castrum pateret accessus & recessus: quia istud pactum non repugnat venditioni, nec facit, vt emptor ideo minus dominus efficiatur: sed ius quoddam quasi species seruitutis venditori acquiritur, in ipso castro, eundi redeundiq; pro sua necessitate. Quare sicut is qui seruitutem debet alteri, vel vsum & habitationem, non idcirco desinit esse dominus, imo nec quisquam debere potest seruitutem nisi qui prædium habet. §. *pen. inst. de seru. præd. & in* §. 1. *de vsu & habit.* docet Imperator eum qui habitationem habet, ea hactenus vti posse, vt domino rei non sit impedimento, quod & in pacto expresse in nostro casu actum est, vt videlicet sine damno emptoris accessum & recessum venditor habeat.

Deniq; pactum illud non obstat, quo conuentum est, vt si castrū vi eriperetur, teneretur creditor illud pro virib. recuperare: licet enim emptor absq; eius-
22 modi pacto nō † teneretur illud recuperare, nisi culpa eius amissum esset, vt in terminis castri cum pacto retrouenditionis venditi tradit Cag. *ad l. 2. n.* 233. *C. de pact. inter empt. & vend.* tamē in casu nostro voluit venditor sibi cauere pacto interposito, quia emptor facilius illud recuperare posset quam venditor; quare nec inutile est pactum, nec aduersatur naturæ venditionis, cum pacto redimendi celebratæ. Hactenus de antichrisi, deq; emptione & venditione, nec non cōtractu pignoratitio disseruimus: & an vllius horum speciem referat contractus quem in manibus habemus disputatum est. Nunc breuiter dispiciemus, an possit esse vel sit transactio, aut datio in solutum aut quispiā alius contractus innominatus: & ne in re clara frustra diu immoremur nō videtur nobis esse transactio, quia illa est de † re dubia & lite incerta, non
gratuita pactio *l. 1. ff. de transact. l. 2. l. transf. C. eod.* in ca- 23
su vero nostro nulla erat lis præsens nec timebatur, ergo transactio esse non potest. In solutum vero datio vel alius contractus innominatus dici nō potest, quia nunquam in instrumento ipsius contractus fit mentio dationis in solutum. Deinde illius natura est vt presupponat antea debitam fuisse pecuniam, sicut nomen ipsum indicat, & non solet dari creditoribus aliquid in solutum sub illis pactis & conditionibus quæ hoc in casu adiectæ sunt. Deniq; cum fiat mentio mutui, item venditionis & emptionis, nunquam vero alterius contractus, non possumus imaginari quomodo ea conuentio ad alium quam expressum in literis contractum reuocari possit.

Omnib. igitur circumstantiis causæ ꝓpositæ mature consideratis, ad hanc quæstionē respondemus cum ista distinctione. Aut tempore contractus celebrati castrum istud erat tantæ æstimationis & precii, quantæ nunc est, hoc est, 25. millium florenorum vt in proposita facti specie narratur, & hoc in casu existimamus contractum de quo agitur in speciem quidem venditionis & emptionis esse cum pacto perpetuæ retrouenditionis: reuera autem contractum esse pignoratitium & castrum ipsum pro dicta summa 10. milliū florenorū oppignoratū videri.

Si vero non tanti precii & æstimationis erat castrum tempore contractus celebrati, quantæ nunc est, ita vt considerato pacto redimendi, quod secundum omnium sententiam minuit æstimationem rei venditæ, & consideratis aliis pactis & obligationib. de quibus in contractus instrumento, & literis reuersalibus fit mentio, quę sine dubio etiam minuent iustam castri iis modis & pactis venditi æstimationē, nō resultet læsio venditoris vltra dimidiam sed longe minor dimidio iusti precii: hoc posteriore casu existimamus contractū venditionis fuisse, cum pacto retrouenditionis iustum & legitimū & nequaquam simulatum.

Pro confirmatione autē harum duarū conclusionum duas præmittimus iuris propositiones siue cōclusiones veras & cōmuniter receptas. Prima est cū quæritur de læsione ob modicitatē precii in contra-
ctibus, spectandum esse † tempus quo contractus ce- 24
lebratus est, non autē id tēpus, quo res in iudicio examinatur & cognoscitur: quia rerū precia ex diuersitate temporū variantur & valde mutantur sicut humana docet experientia. Quare aliquando accidere potest, vt id quod tempore litis motæ centū millibus æstimatur, tempore contractus gesti præsertim longissimo ante interuallo temporis, puta centū & amplius annorū, vt in casu nostro lōge minoris æstimaretur, ita ꝓbat tex. *in l. si voluntate. C. de rescin. vend.* in fine, in illis verbis *venditionis tempore &c. & in c. cum dilecti. & c. cum causa. de emp. & vend.* notat Bart. *in l. 2. C. de rescind. vend.* & ibidem Baldus *q.* 15. Salyc. *q.* 19. Paulus Castrens. *colum.* 1. Iason *cons.* 53. *colum. pen lib.* 1. vbi respondit quo ad hoc, vt ecclesia tanquam lęsa ex contractu celebrato possit in integrum restitui, respiciēdam esse æstimationē rei, habito respectu ad tempus celebrati

celebrati contractus, non antea vel post. Idem resp. Parisf. *consf.* 28. *li.*1. & post Albertum Brunus quem citat, scribit Cagn. *in d.l.2.n.*214 *C.de rescind.vend.* de ecclesia quæ concesserat quædam nemora in emphyteusin pro annua pensione decem ducatorũ, & cum Prior d. ecclesiæ vellet contractum rescindi, quia nemora lõge maioris erant redditus, responsum esse dicit, non potuisse contractum rescindere, quia tempore quo celebratus fuit, nemora illa erant exigui valoris & æstimationis, latissime idem docet Pinell. *ad d.l.2.Cod.de rescind.vend.par.*3.*nu.*15.

Altera est propositio cum quæritur de iusta rei venditæ æstimatione, spectandam esse non solum rem ipsam, verum etiam pacta quibus vendita est, pura pactum retrouendendi & alia onera emptionis in conuentionem & pactum deducta, ob ea enim res ipsa minoris æstimatur, *argum. leg. quod sæpe.* §. *vlt. ff. de contrah.empt leg.si creditor.ad finem ff.de seruis export.* Alexander *in leg.precia rerum ff. ad l. Falcid* Bartol. Iason & Ripa *in leg.* §. *si heres.numer* 26. *ff. ad Trebellian.* Et minus rem æstimari propter pactum retrouenditionis tradit Panorm. *in cap. ad nostr.de emp.& vend.* & ibidem Anton. Burgens. Dec. *consil.*166 *&* 308 *num.* 3. *&* 543. *n.*5. *& alibi* Cassan. *consuet Burg.rub.*5.§.1.*n.*11. Tiraq. *de retract.conuent.in præfatio.num.*20. Couar. *lib.* 3. *variar.resolut.cap.*10.*n.*1.

Istis ita p̃missis infertur primo, cũ ad modicitatẽ precii cognoscendam tempus contractus inspiciendum sit, in quæstione nostra illud etiam spectandum esse, & ideo si tempore contractus celebrati castri æstimatio ex redditib. eius & aliis erat 25. millium florenorum vel circiter, ita vt summa illa 10. millium florenorum vix dimidiam ipsius iusti precii contingeret, nõ dubitamus asserere S. Pontificis decisionem secuti, contractum fuisse pignoris & mutui, licet sub specie venditionis Hic enim concurrunt omnia quæ S Pontifex considerauit *in dict. cap. ad nostram. de emp. & vend.* Modicitas precii, pactum de retrouendendo, mutui positio, de qua in literis contractus fit mentio, & illa conuentio ne liceret venditori castrum redimere nisi post biennium, quæ iuncta cum aliis ad contractum simulatum præsumendum sufficere videntur, præsertim accedente communi doctorum interpretatione & sententia, quam superius retulimus. Licet enim illa conuentio per omnia non sit conformis pactioni, de qua loquitur S. Pontifex, scilicet ne liceret redimere nisi a septennio vsque ad nouennium, tamen idem statuunt Dd. etiam in specie illa, qua non potest res nisi post certum tempus redimi. Apparet enim creditorem sibi cauere voluisse, vt fructus aliquos haberet, & ne forte statim res redimeretur, antequam vllos fructus percepisset, voluisse prospicere.

Cæterum si tempore contractus celebrati non erat castrum tantæ æstimationis, tantorumque redituum vti nunc est. Ita vt summa decem millium florenorum, consideratis præsertim pactionibus illis quæ iustam rei æstimationem minuunt, non solum dimidiam iusti precii æquaret, verum etiam eam longe superaret, tunc aliter putamus respondendum propter aliam diuersam facti circumstantiam eo scil. in casu contractũ fuisse vẽditionis cum pacto redimendi verum, legitimum & non simulatum ex his argumentis quæ superius allata sunt. Et de prima quæstione hactenus.

Secunda quæstio est, an creditor fructus perceptos à tot annis 158. suos fecerit vel an sint potius in sortem imputandi.

Huius quæstionis definitio pendet ex prioris quęstionis definitione. Etenim si contractus de quo agitur sit re vera pignoris dicendus, non autem emptionis & venditionis, manifestum est fructus in sortem imputandos esse à creditore † & consequenter 26
non potuisse creditorem eos suos facere *leg.*1. *&* 2. *C. de pigno. act. cap.*1. *de vsuris.* & si qui fructus supra debitam sortem percepti sunt, debent restitui debitori. *cap.cum contra de pignoribus.* & ita omnes doctores tradunt tam canonistæ *in dict. cap.*1. *de vsuris.* quam legistæ *ad dict.leg.*1.*&*2.*Cod.de pign.act* Ludouic.Roma. *sing.*329. *creditor. &* 542. *regula est.* Neguz. *de pignor.*5. *membr.*5. *partis. numer.*1. vbi latissime Andr.Geill. *libro secundo. obser.*3. *numer.* 4. latissime Ioan. Bapt. Lupus *ad leg.* 2. *Cod. de pact. inter empt. & vend. commentario* 6. §.6. *nu.*135. *cum pluribus sequentib. vsque ad finem.* Cagn. *ibidem num.*231.

Verum si contractus quo de agitur vere sit emptionis & venditionis cum pacto retrouendendi, sicut verba instrumenti sonant: sine dubio non † tenetur 27
creditor fructus perceptos hactenus antequam scilicet precium à debitore pro castro redimendo fuerit oblatum vel restituere vel in sortem computare, sed eos suos fecit & lucratus est.

Probatur hæc sententia *in leg.*2. *C. de pact. inter emp. & vend.* & ibi Baldus & Castrensf. notant & Cagn. *in* 1. *notab.* vbi testatur esse communiter receptam à canonistis *in cap. ad nostram. de emp. & vend.* & à Theologis etiam quos ipse citat Dec. *in consilio* 167. *&* 178. latissime adductis authoritatibus & rationibus, idem probat Tiraquellus *de retract.conuent.* §.5. *Glo.*1. *num.*1. & est res plana & indubitata Menochius *consf.*16. *nu.* 10. *lib.*1.

Ergo ad hanc secundam quæstionem respondemus secundum illam distinctionẽ, quam potuimus in priore quæstione: nimirum emptorẽ fructus suos fecisse, si contractus non fuerit simulatus, sed verus cõtractus emptionis & venditionis: sin aũt simulatus fuerit, & re vera pignoris cõtractus celebratus fuerit sub nomine simulato venditionis, tunc fructus perceptos suos non fecerit, sed eos restituere teneatur, & in ipsam sortẽ imputare. Vtrum autem simulatus fuerit nec ne patet ex dictis in prima quæstione.

Non obstat si dicatur, dato, quod contractus fuerit pignoratitius & simulatus, tamen fructus non videri in sortem imputandos & multo minus restituendos ab emptore; ex hac ratione, quia non est præsumendum, emptorem illum voluisse contractum fœneratitium & simulatum facere, sed potius præsumendum est, eum existimasse contractum licitum esse & verum, nõ autem simulatum. Nam licet error iuris iustus † non sit nec præsumendus *leg. con-* 28
stitutiones C.de iur.& fact.ign.l. leges sacratissimæ C.de leg. tamen id nõ procedit, si alioqui præsumendus esset dolus & fraus, tunc enim error potius præsumendus est iuris quã mala fides & dolus, sicuti respondit Alexander *in consilio* 65. *numer.*11. Ruinus *consf.*145. *n.* 12. *li.*5. Crau. *consf.*419 *n.*3. *&* 793. *n.*7. *&* 847. *n.*13. Menoc. alios citans *de præsump.lib.*6. *præsump.*23. *num.*29. Error antẽ iuris † non impedit fructuũ acquisitionẽ *l.* 29. 29
sed & si lege. §. *iure. ff. de peti hered. & in leg. si fur. de vsucapion.* §.1. *& in leg. de fructibus. ff. de don. inter vir. & vxor.* Paulus Castrensf. *ad leg. Celsus. colum.*1. *ff. de vsucap.* & ibidem late Balbus *numer.*18. vbi alios citat Couarru. communem dicens *libro primo. variar. resol. cap.* 3. *numer.*8.

Ad hoc.n. argumentũ respondetur hanc cõmunẽ doctorum

doctorum sententiam locum habere in errore iuris non adsistentis neq; resistentis, vt Dd. loquuntur, secus autē in errore iuris resistentis, hoc est, reprobantis contractum ipsum, quia tunc error iuris nō prodest ad fructuum acquisitionem, ex cōmuni doctorum sententia, cuius fidem facit Couar. *loco proxime citato.* & ante eum Balb. *loco annotato.* & post istos Menoch. *de recup. poss. rem. 15. n. 634.* Hanc sententiam deducunt ex *l. iubemus, § sane. C. de sacros. eccl. l. 1. de fide instr. & iure hasta fiscalis. l. quemadmodū. C. de agric. & censit. & ex c. si quis presbyteros de reb. eccl. non alien.* Et ita est in hac nostra facti specie. Nam si præsupponamus contractum, de quo agitur, esse mutui & pignoris, propter ea quæ diximus in priori quæstione, sine dubio contractus est à iure reprobatus, tanquam simulatus & nullus, *vt in d. c. ad nostram. de emp. & vend.* & lex prohibet fructuum acquisitionem, mandans eos restitui & in sortem imputari, *vt dictum est supra.* Non improbabiliter etiam dicere possumus iure nō probari assertionem illam, qua dicitur errorem iuris suf-
30 ficere † ad fructuum acquisitionem, cum in acquirendo nil prodesse soleat, *l. iuris ignorantia. 7. ff. de iu. & fa. ign.* late probat à contrariis refutatis Pinell. *ad l. 2. C. de resci̇nd. vend. 1 parte c. 4. n. 31.*

Quarta quæstio est, an non obstet petenti venditori antiquitas temporis quo ad restitutionē fructuum. Huius quæstionis definitio ex præcedentibus magna ex parte dependet: nam præsupponere oportet, emptorem nō fecisse fructus suos, quia videlicet contractus fuerit pignoratitius & simulatus, & tunc quæritur vtrum præscriptio centum & amplius annorum iuuare eum possit. Nam si contractus fuisset emptionis & venditionis, citra omnem simulationis suspicionem, in dubium reuocari non posset fructuum perceptio: etenim eos tanquā emptor bonæ fidei & dominus suos fecisset & lucratus esset. *leg. bona fidei. ff. de acq. rer. dom.*

Hęc igitur difficultas est, vtrum post lapsum tanti temporis longissimi, & etiā immemorialis, (centum enim & quinquaginta octo annis emptor castrum possedisse proponitur) liceat nunc venditori contractum, qui in sui figura emptionis & venditionis est, arguere simulationis, & pignoratitium dicere, ad effectum vt fructus in sortem imputandi sint, & vt qui vltra sortem sunt percepti restituantur.

Hanc quæstionem in vtramq; partem argumētis propositis discutiemus. Deinde quid de ea statuendum & concludendū pro decisione sit respōdebimus.

Quod igitur tanti temporis præscriptio obstet hoc in casu, probari posse videtur: primo quia omnis actio siue † in rem siue in personam tollitur spacio 40. an-
31 norum, etiamsi ecclesiæ cōpetat, *vt habetur in Nouella 111. hac constitutio innouat constitutionem &c. & in Nouella 131. tit. de eccl. § pro temporalibus vero. & in c. de quarta. c. illud. c. ad aures. c. quia indicante. de præsc.* Ergo etiā actio ita dicendi, contractum esse nullum, simulatum, & pignoratitium, tollitur spacio 40. annorum, multo ergo magis spacio 100. annorum, & quod excurrit.

Secundo quia in terminis nostris, quod actio ista dicendi contractum simulatum esse spacio 40. annorum tollatur, respondit Baldus *in cons. 189. punctus quæritur. lib. 5.* quod notandum esse, quia vix alibi reperitur, scribit Tiraq. *de retract. consang. § 36. Gl. 2. nu. 41. ad finem.*

Tertio quia 40. annorum lapsu tollitur actio ad rem ipsam principalē competens, cū omnis actio etiam cōtra ecclesiam cōpetens 40. annis, vt dictū est, tollatur. Ergo etiam actio quæ ad fructus competit sublata esse videtur *arg. l. eos. C. de vsur.* & ibi Bald notat, tradit Balb. *in 4 parte. 4. partis princip. q. 35. n. 2.*

Quarto nam hic agitur de præscriptione tempo-
ris immemorialis centū & quinquaginta † octo an- 32
norum. Aliqui enim volunt sufficere centum annos. Aliqui nec tot requirunt, alii plures ad præscriptionē temporis immemorialis constituendā, vt tradit late Gabr. *lib. 5. com. concl. tit. de præscript. concl. 1. n. 28.* C[illegible] *ad reg. possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. in 2 par. § 3. n. 7.* Menoch. *de arbitr. iud. casu 3.* hic autem cum [illegible] sint anni 158. non videtur dubium quin præscriptio sit immemorialis.

Præscriptio aūt temporis immemorialis habet vim
tituli † priuilegii, constituti, tutum omnino [illegible] 33
possessorem, vt passim Dd. tradūt *ex leg. hoc iure. § ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æstiua. l. 1. § vlt. de aqua pluui. arc. c. super quibusdam § præterea. de verb. sign. c. 1. de præscri. li. 6.* & tradunt latissime adductis authoritatib. And. Geil. *lib. 1. obse. 21. n. 15.* Gabr. *d. concl. 1.* Masc. *de probatio. vol. 3. concl. 1214. n. 43. & 48. & concl. 1371. n. 16. & 49.*

Quinto quia talis præscriptio † nunquam exclusa 34
esse videtur & locū habere intelligitur *vt probat tex. cum dicta Glo. in auth. vt de cætero commutatio. fictæ non fiant. in verbo, præscriptione.* & ibi not. Ang. Felin. *ad rub. de præscrip. col. vlt.* Balb. *de præscrip. 5. parte. 5. partis princ. q. 9. n. 2. & 3.* Cagn. *ad l. 2. n. 87. C. de pact. inter emp. & vend.*

Sexto nam deduci non potest contractus simulatio hoc in casu, nisi ex modicitate precii cum pacto retrouenditionis, quia scilicet venditor non acceperit dimidiam iusti precii ipsius castri, vt supra dictum est. & cōclusum in prima quæstione. Sed hæc allegatio læsionis vltra dimidiam sicut & totū ius contractum rescindendi propter læsionem vltra dimidiam
tollitur spacio † 30. annorū, vt late adductis authori- 35
tatibus explicat Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. ca. 1. n. 26. 27. 28.* vbi dicit id procedere etiam iure canonico inspecto, licet mala fides impediat pręscriptionem, quia scientia lęsionis non inducit verā malam fidem, vt ibi per eum.

Et dato quod mala fides allegari posset aduersus emptorem, qui contractum fecit, ad impediendam præscriptionem, tamen nō videtur allegari posse aduersus heredes & successores eius, qui præsumuntur
in † bona fide fuisse, nisi contrarium probetur, & cō- 36
sequenter, si nolint vti accessione temporis ex persona authoris sui, præscribere potuisse videntur, longissimo tempore, secundum opinionē Dini, quam multi secuti sunt, vt per Coua. *ad d. c. possessor mal. fid. in 2. par. § 9. n. 4.* per Vasquium *cōtrouers. ill. lib. secundo cap. 73.*

Imo cum agatur de fructuū perceptione, nō vide- 37
tur obstare successori mala fides † authoris defuncti, si ipse sit in bona fide, quo minus fructus faciat suos, & lucretur *vt ex l. bona fidei. ff. de acq. rer. dom.* & ex aliis argumentis deducit contrariis argumentis confutatis Io. Copus *de fructib. lib. 2. tit. 4. cap. 3.*

Denique supposita bona fide in successoribus emptoris, quantum ad fructus lucrandos & vsucapien-
dos attinet triennium sufficere † probari posset, *ex l.* 38
sequitur. § fructus. ff. de vsucap. siue sint extantes siue consumpti, vt tradit Gloss. *ibi*, quam probant Bartol. Angel. Imol. & Paul. Castrens. latissime adductis authoritatibus docet Balb. *de præsc. in par. 4. q. 35.* Menochius alios addit authores, idem probans *de recup. poss. remed. 15. nu. 588.*

Cæterum pro contraria sententia quod nimirum temporis præscriptio non obstet, quantum ad fructuum restitutionem, si præsupponamus secundum

distinctio-

distinctionem adhibitam in prima quæstione contractum fuisse pignoris, non autem venditionis castri, statim occurrit tex. *in l. 9. C. de pigno. actio.* vbi Dio-
39 cletian. & Maximian. *Nec creditores, nec † qui bis successerunt aduersus debitores pignori quondam nexas potentes reddita debiti quantitate vel his non accipientibus oblata & consignata & deposita longi temporis præscriptione muniri possunt.*

Et licet text. loquatur de præscriptione rei, nos vero de fructibus, tamen ratio illius text. locum habet etiam in fructibus, nam fructus ex pignore percepti imputandi sunt in sortem vel restituendi debitori *l. 1. & 2. C. eod. tit.* & consequenter non possunt vsucapi à creditore longo tempore, deficiente bona fide.

Rursus non obstat quod tex. ille loquatur de præscriptione longi temporis, quia iure ciuili inspecto non est dubium, quin regulariter omnis actio tollatur spacio 40. annorum, etiam contra ecclesiam, nulla distinctione adhibita, an præscribens sit in mala fide nec ne.

Sed iure Canonico considerato, quod in hac materia peccati seruandum est, constat inter omnes
40 præscriptionem cum † mala fide locum non habere *c. vlt. de prascript. c. possessor malæ fidei. de regul. iur. lib. 6.* imo bonam fidem requiri, *vt in d. c. si diligenti. de præscrip. & in d. c. vlt. & alibi, &c.*

Et hæc conclusio procedit etiã in præscriptione centum annorũ, & immemoriali, quia S. Pontifex nullam præscriptionem cum mala fide admittit, &
41 sic † omnem præscriptionem generaliter complectitur, ea ratione, quia omne quod non est ex fide peccatum est, quæ ratio locum habet in omni præscriptione temporis quantumuis longissimi, quia semper peccat is qui non ignorat rem alienam esse, si velit eam vsucapere, vt notant Dd. communiter, Glos. *in cap. 1. ver. nisi. de præscript. lib. 6.* Alexan. *ad l. cum aliquis. Cod. de iur. delib.* Balb. *de præscript. 2. part. 3 partis princ. quæst. 6.* Crauet. *consil. 146.* Afflict. *decis. 368. num. 10* Couuar. *ad d. c. possessor malæ fidei. in 2. part. § 8. num. 4.* Guido Papæ *consil. 91. num. 5.* Zas. *consil. 16 num. 51. lib. 2.*

42 Et dicitur in mala fide † is, qui scit rem alienam esse. *c. si virgo. 34. quæst. 2.* & tradunt Bartol. *ad l. Celsus. num. 18. ff. de vsucap.* Alexan. *ad l. Pomponius. §. cum quis. num. 2. de acquir. possess.* Emilianus *cons. 223.* Menoch. *de arbitr. iud. casu 225. nu. 8.* Cæphalus *cons. 161. n. 31. lib. 2. & 316. num. 18. lib. 3.*

Quibus ita constitutis argumentum sic formari potest. Emptor qui castrum accepit sub pignore mutuata pecunia de iure tenebatur fructus ex eo perceptos in sortem imputare ac restituere secundum distinctionem positam, *in d. prima quæstione, vt patet ex l. 1. & 2. Cod. de pignor. actio.* & ex aliis adductis *in 2. quæst.*

Hanc iuris dispositionem dictus emptor sciebat vel scire debebat *l. constitutiones. C. de iur. & fact. ign. l. leges sacratissimæ. Cod. de legib.* Ergo fuit in mala fide. ita Alexan. *consil. 46 num. 7. & 8. lib. 3.* Ergo fructus perceptos ob malam fidem præscribere non potuit. Nam etiam in præscriptione fructuum quod mala fides eam impediat secundum iuris Canonici dispositionem post Socin. & alios notat Menoch. *de recup. possess. remed. 15. n. 591.*

Quod vero attinet ad successores dicti emptoris qui contractum fecit, si non fuerint heredes ipsius, potuerunt ipsi in bona fide existentes sine dubio
43 præscribere, quia † successor præsumitur habere ignorantiam eorum quæ defunctus fecit *l. qui in alterius. de regul. iur.* & consequenter est in bona fide & tradit in proposito de successore in officio & dignitate loquens Couuar. *in d. c. possessor malæ fidei. part. 2. §. 9. num. 6. vers. septimo.*

Verum si heredes fuerint primi contrahentes, & noluit vti accessione temporis ex persona defuncti, tunc in illa quæstione versamur, quæ inter Dd. controuersa est, an mala fides defuncti noceat heredi qui in bona fide est. Et quidẽ si de præscriptione longi temporis ageretur res est satis perspicua † quod 44
non possit, *ex l. cum heres. ff. de diuer. & tempo. præscrip. ex d. l. nec creditores. C de pigno. actio. & aliis legibus. l. vitia. C de acquir. poss. ff.*

Verum difficultas est de longissimi temporis præscriptione, & sane nobis tutior & conscientiæ, & æquitati iuris Canonici magis consentanea videtur eorum sententia qui negant heredem † posse 45
præscribere quia ipse heres tenetur exonerare conscientiam defuncti *c. vlt. de sepultur. c. in literis. de raptor. c. tua nos. de vsur. c. si episcopum. 16. quæst. 6.* & quia vitia possessionum à maioribus contracta perdurant & successorem authoris sui culpa comitantur, vt inquit text. *in d. l. vitia. C de acquir. poss.* & denique quoniam videtur esse vna & eadem persona cum defuncto, *vt habetur in Nouella de iureiur. à moriente præstito.* quæ sententia contra Dynum communiter recepta est, teste Couuar. *in d. c. possessor malæ fidei. in 2. part. § 9. n. 1. & seq.* Balb. *de præscrip. 2. part. 3. part. princ. q. 12. vers. sed dubitatur quid si heres* Menoch. *de recup. possess. remed. 15. num. 618 versic. verum aduersus Dynum.* Tib. Decian. *cons. 2. n. 198. lib. 1.*

Nec obstant in contrarium allata per Vasquium *lib. 2. controuersiarum illustrium. c 73* nam potissimum eius fundamentum est, quod leges quibus dicitur heredem præscribere nõ posse, quod defunctus non potuit *d. l. cum heres. cum aliis supra allegatis.* loquuntur de præscriptione 10. & 20. annorum, quæ titulum requirit & bonam fidem. Secus autem dicendum in præscriptione longissimi temporis, quia illa nullum titulum nec bonam fidem requirit. *l. omnes. l. sicut. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Nam hoc est quidem verum, si ius ciuile tantum spectemus, verum cum iure Canonico requiratur bona fides in præscriptione, & mala fides illam impediat, etiamsi præscriptio sit temporis lõgissimi, hinc sequitur hanc rem quodammodo redire ad ius antiquum, & perinde esse statuendum quantum ad bonam fidem in præscriptione longissimi temporis, iure Canonico inspecto, quod statuebatur olim iure ciuili in præscriptione longi temporis. Ita vero iure ciuili constitutum erat in longi temporis præscriptione, vt bona fides requiratur, & mala fides defuncti noceat heredi, quasi videatur succedere in vitiũ defuncti, nec enim ignoratione sua vitia defuncti excludit, vt dicitur in dictis legibus.

Quibus ita constitutis non est difficile ea refellere, quæ pro contraria sententia adducta sunt. Nam quod attinet ad primum & secundum, fatemur quidem omnem actionem regulariter tolli 40. annis, & consequẽter etiam actionem de qua agitur: sed hoc negamus locum sibi vendicare, quoties mala fides præscribenti obiici potest, vt in casu nostro. Et ideo Baldus *in d. cons. 189. punctus quæritur. lib. 5.* postquam dixit actionem de simulatione contractus tolli spacio longissimi temporis 30. vel 40. annorum, subdit hæc verba. Saluo semper recursu ad ecclesiam propter dolum & malam fidem, *vt in c. vlt. de præscrip.*

Ad tertium respondetur, eandem malam fidem efficere, vt & actio ad rem ipsam duret, non obstante longissimi tẽporis lapsu. Licet enim aliqui cõtradixerint, communior tamen sententia contrarium docet, vt per Couuar. *lib.1. variar resol. c. 9.* quam sententiam Camera Imperialis sequitur, vt restatur Andreas Geil *lib. 2 obser.* Mynsing. *cent 1. obs. 16.*

Ad quartum, de præscriptione temporis immemorialis, respondemus, allegata in contrarium non procedere quando constat de veritate ipsa, quod videlicet
46 † mala fides ab initio interuenerit, & initiũ possessionis vitiosum fuerit, tunc enim omnis præsumptio cessat, quæ oritur ex lapsu temporis immemorialis. *arg. c. veritatem. cum seq. 8 dist. inst.* & tradit Castren. *cons. 423 nu. 2 lib 2.* Alex. *cons. 44. lib. 3.* Curt. iun. *cons. 60 n. 17 & 130. n. 4.* Crau. *cons. 134 n. 44. & de antiq. temp. part. 4. sect. incip. materia ista n 3. 4 & 5. vers. his ita præmissis.* Panor. *cons. 61 n. 6. lib. 1.* Couuar. *ad c. possessor malæ fidei part 2. §. 3 n. 7. ad fin.* Alciat. *cons. 164. nu. 8.* Menoch. *de retin poss. remed. 3. n. 639. & de præsump. lib. 3. præs 131. n. 49.* Ant. Gabr. *lib. 5. comm. concl. tit. de præscrip. concl 1 n. 57.* Mascard. *de probatio. vol. 3. concl. 1371. nu. 63. cum seqq.*

Qua responsione tollitur etiam quintum argumentum, quia, vt dictum est præscriptio etiam immemorialis, ergo & centum annorum, nullum habet effectum, quoties constat de mala fide possessoris.

Ad sextum argumentum respondetur, nostram quæstionem in aliis terminis versari, non enim hoc in casu læsio vltra dimidiam allegatur, ad rescindendum contractum *ex l. 2. C. de rescin. vend* in quibus terminis Pinellus loquitur: sed agimus de contractu simulato, q̃n. sc. contractus fuit pignoris celebrat' sub alio nomine & figura: sub specie & figura nẽpe venditionis cũ pacto retrouendendi, qui quidẽ contractus est huiusmodi naturæ, vt creditor teneatur fructus perceptos in sortem imputare, vel restituere, vt supra dictũ est. Hanc obligationẽ negamus extingui spacio logissimi tẽporis, quia mala fides obstat & impedit omnẽ temporis præscriptionem. Quod vero dicebatur fructus perceptos ab herede qui bonam
47 fidem † habet restituendos non esse, quanquam defunctus in mala fide extiterit, ex sententia Io. Copi non satis iuri consentaneum videtur, quia repugnat *l. 2. C. de fruct. lib. & lit expen* illis verbis, *heredis quoque succedentis in vitium par fortuna habenda est.* & ita docent Bartol. Abb. Berous, Ruin. Socin. Decius & alii quos refert & sequitur Menoch. *de recup. poss. rem. 15 n. 617.*

Nec prædictis obstat si diceretur non esse præsumendum venditorem voluisse contrahere turpe fœnus & simulatum mutuum siue palliatum, sed potius errorem iuris esse præsumendum, licet nõ putauerit illum contractum vitiosum esse & simulatum quia potius error iuris præsumendus est quam dolus & mala fides, vt supra deduximus ex Menochio *lib. 6. de præsumpt. 23 n. 25.* & aliis Doctoribus citatis in secunda quæstione supra & consequenter spacio longissimi
48 temporis fructus perscripsisse, quia † titulus etiam nullus ex errore iuris excusat à mala fide *arg. d. l. sed etsi lege. §. si rem. ff. de pet. hered.* Paulus Castr. *in d. l. Celsus col 1. ff. de vsucap.* Felyn *in c. de quarta. n. 34 de præscrip.* Couuar. *ad reg. possessor malæ fidei. in 2 part. § 7. nu 5 vers. secunda conclusio.*

Nam respõdetur hoc procedere quoties lex non assistit neque resistit contractui, secus autem cum error iuris est resistentis & expresse reprobantis contractum, vt in casu nostro, quia tunc non sufficit ad acquisitionem fructuum etiam longissimi temporis præscriptio, sicuti in loco † annotato ex communi 49
sententia Canonistarum & aliorũ declarat Couuar. *vbi supra nu. 5. vers. hac autem secunda conclusio.* vbi Bald. Felin. Panor. & alios citat, quibus addi potest Menoch. alios citans *de recup. poss. remed. 15 n. 634.*

Nam quod attinet ad Pinellum, is reiicit communem doctrinam, ideo quod putauit errorem iuris ad acquisitionem fructuum non sufficere, quia non prodest acquirere volentibus *l. 7 de iu. & fact. ign.* & ideo nobis nequaquam aduersatur. Couuar. autem in terminis præscriptionis sequi videtur communem distinctionem, licet in terminis acquisitionis fructuum nõ fuerit illam amplexus. Nec obstat text. *in l. sed etsi lege §. scire. ff. de pet. hered.* dum ait, non esse prædonem qui in iure errauit, nam hoc intelligitur quantum ad effectum illum, vt petitione hereditatis nõ teneatur, nisi quatenus locupletior factus sit, ad quem effectum sufficit quem non esse prædonem: & ideo putans se heredem esse cum non esset ex testamento quod valere putauit, per errorem iuris, non dicitur prædo; sed in casu nostro secus res se habet, quia si quis contractum, verbi gratia, pignoris faceret, non idcirco fructus lucrabitur, quod ignorauerit ex tali contractu non acquiri, sed in sortem imputari quoniam lex expresse disponit fructus ex pignore perceptos in sortem esse imputandos, quam contrahentis error immutare non potest, imo contrahenti imputandum est quod nesciuerit hanc iuris dispositionem *l. constitutiones. C. de iu. & fac. ign. l. leges sacratissimæ C de legibus.*

His ita positis non est difficile determinare quid in præsenti quæstione statuendũ & respondendum sit. Sic enim ex præmissis in hac quæstione concludimus, quod si ii qui successerunt emptori, de quo nostra est consultatio eiusdem heredes fuerunt hoc in casu eos non potuisse fructus præscribere, & præscriptione temporis suos facere, eo præsupposito, quod contractus de quo agitur fuerit simulatus & pignoratitius, quod pendet ex iis quæ dicta à nobis sunt superius, in priori quæstione.

Si vero heredes non fuerint, sed tantum successores in dignitate & comitatu, tunc dicimus eos ex personis suis præscribere potuisse, fructus que suos fecisse, & non teneri ad eos in sortem imputandos vel restituendos.

Idemque respondemus, si proponeretur, contractum hunc simulatum non fuisse, sed verum contractum venditionis, cum pacto redimendi, secundum ea quæ in priori quæstione conclusa sunt.

Denique idem nobis dicẽdum videtur, si emptor fuerit, neque enim quis fuerit nobis constat, qui prorsus in bona fide tempore contractus fuisse probetur, vel quia illi dictum fuerit à viris peritis & bonæ conscientiæ contractum illum licitum & non fœneratitium fuisse, vel ex aliis causis iustis † aut certe proba- 50
bilibus inductus fuerit, ad credendum contractum illum simulatum non fuisse sed iustum & legitimum ita vt error fuerit probabilis, vt loquitur tex. *in l. vlt ff. pro suo.* Has causas late post alios commemorat Menoch. *de præsumpt lib. 3. præsumpt. 130. num. 27. 28. 29. 30. 31. & 32.* Non enim error iuris obscuri & valde dubii ex variis Doctorum responsis præscriptionem impedire solet, vt *ex c. cum dilectus. de consuet.* & ex eo loco traditum est à Felino *in c. de quarta. num. 27 de præscript.* Couuar. *ad c. possessor malæ fidei. in 2. part. §. 7. de regul. iur. lib. 6.* Pinell. alios citans *ad l. 2. C. de rescind. vend. in 2. part. c. 4. n. 40.*

Restat nobis vltima quæstio expedienda, posito casu, veram & iustam venditionem & emptionem esse, an non creditor à tempore moræ ab anno nimirum 88. quo pecuniam accepit omnes & singulos fructus quotquot hactenus istis octo annis ex dominio illo & castro percepit debitori restituere, & restituere teneatur, an vero soluendo interesse creditor à restitutione fructuum liberatus sit.

Pro huius quæstionis expeditione præmittimus certi iuris esse quod si res vendita sit pacto redimendi adiecto, quandocunque precium restituatur venditore precium offerente, si res non restituatur rationem habendam esse fructuum post oblatam pecuniæ quantitatem ab emptore perceptorum *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend* illis verbis, *Habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduer-*
51 *sarium peruenerunt*, hoc est fructus post † oblatam quantitatem perceptos restituendos esse venditori. Et hæc est communis omnium doctrina, & interpretatio quæ clare probatur ex verbis legis, respondit ante Socin. *consil.* 80. *lib.* 3. Cagnol. *ad l. 2 num.* 27 vbi alios citat, in re clara testibus non vtemur non necessarius, dubitationem igitur in casu nobis proposito illud adferre videtur quod creditor singulis annis obtinuit pro accepta illa summa pecuniæ interesse, & debitor consensisse proponitur, tribusq; annis illud accepisse, nam etsi maiores sint fructus sine interesse quod ratione fructuum post oblatam quantitatem perceptorũ debetur, quã illud interesse quod solutum est à creditore, quia tamen debitor consensit, non videtur iam amplius petere posse fructus maiores, *argum l. 5. C. de vsuris.* sic enim ait text. *Si creditorem vsuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, vtilis est pacti exceptio, secundum quod tueri causam potestis, etiam aduersus defensores ciuitatis, maiores petentes. ex cautione si probaueritis semper quincunces annuam pupillorũ vestrorum, qua maiores cauerat dependisse.*

Hæc decisio videtur esse valde ad rem nostram accommodata, præsertim quia tantum Azonis sententiam quam multi sunt ibidem secuti sufficit vsuras minores per triennium solutas fuisse, & in casu nostro per triennium solutæ fuerunt, vt in facto narratur.

Istis tamen non obstantibus, contrarium in præsenti casu nostro iuri magis consentaneum existimamus, nimirum fructus post oblatam quantitatem perceptos à creditore restituendos esse, ita tamen, vt venditor id quod hactenus pro interesse accepit compensare teneatur. Et quoniam ipsius venditoris intentio recte fundata est in iure certo, quo constitutum est fructus ex die oblatæ quantitatis hoc in casu restituendos esse, *vt in d. l. 2. C de pactis inter emptor. & venditor. vt supra dictum est*, idcirco sola difficultas videtur in respondendo *ad d. l. 5. Cod. de vsuris.*

Respondemus itaque primo, vt illa lex locum habeat, necesse esse, vt vsuræ minores per longum tempus, hoc est, per decem annos receptæ sint, non
52 autem † per triennium duntaxat. hoc probatur *in l. qui semisses. ff. de vsur.* vbi dicit Scæuola. *Qui semisses vsuras promisit per multos annos minores præstitit, heres creditoris semisses petit, cũ per debitorem non steterit, quo minus minores soluat. Quæro an doli vel pacti exceptio obstet? Respondi si in exsoluendis ex more vsuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea quæ proponerentur obstare exceptionem*, illa verba, *per tanta tempora*, exponens Accurs. ait, scilicet 10. vel 20 annis vel etiam breuiori tempore, in odium vsurarum forte quinque annis. idem docet Castrens. *in d. l. 2. num.* 3. hic autem non sunt lapsi decem anni nec etiam quinque, sed tantum tres.

Secundo respondemus, illam legem locum habere, quo is qui debuit vsuras maiores soluere non erat in mora eas soluendi. Nam si in mora fuisset, & ob eã causam debitor minores accepisset, nullũ sibi præiudicium faceret, inquit Castrens. *in dict. l. 5. num. 3. & 4* add. *dict. l. qui semisses.* vbi Scæuola considerat moram ipsam debitoris, & si non fuerit in mora soluendi maiores, tunc exceptionem illi competere respondit, in casu autem non supponitur post oblatam quantitatem in mora fuisse possessorem restituendi Castrum ex quo alter fructus percipere potuisset quia scilicet interpellatus ad restituendum non restituit *l. mora. ff. de vsur.*

Tertio respondemus, illam legem loqui de vsuris quæ sunt odiosæ? Secus autem omnes Doctores ibi monent in censu annuo ecclesiæ debito certæ quantitatis.

Licet enim ecclesiæ œconomus minus accepisset, non tamen prohibetur id quod debetur, hoc est, censum ipsum integrum petere. quia census est fauorabilis. *c. cum olim causam. de censib.* et *in d. l. 5.* notant & recte monent Bald. Saliceetus & Sichardus, ita quoque nos respondemus circa fructus; cum enim ipsi debeantur ex magna æquitatis ratione, post oblatam a venditore quantitatem, atque adeo fauorabiles sint.

Non autem odiosi, sicut vsuræ, idcirco non prohibebitur venditor eos petere post morã perceptos, hoc est, post oblatam debitã quantitatem, vt in quæstione proponitur licet minores fructus, hoc est, interesse acceperit, vt nos putamus quinque pro singulis centenis florenorum, vt moris est.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Nobili Augustano.

ARGVMENTVM CONSILII XXIX.

Si pater consentiat filio se obliganti in iis, in quibus tenetur se obligare, dicitur eo ipso se obligare; veluti in donatione propter nuptias constituenda pro filio. Et an in donatione propter nuptias debeantur vsuræ ex mora sicut in dote.

SVMMARIA.

1 *Pater consentiendo filio iis in quibus tenetur se obligare pro eo dicitur se obligare.*
2 *Pater tenetur donationem propter nuptias constituere pro filio.*
3 *Subscribens instrumento dicitur approbare omnia in eo contenta.*
4 *Bona patris obligata sunt pro assecuratione dotis filii.*
5 *Duo rei debendi vbi sunt, si ad vnum spectat principaliter negocium, ille dicitur principaliter obligatus, alter vero pro maiori securitate.*
6 *Dot & donatio propter nuptias æquiparantur.*

7 *Donationis propter nuptias dominium ad vxorem pertinet.*
8 *Vsusfructus vero ad maritum.*
9 *Fructus rei donatæ propter nuptias ad maritũ spectant.*
10 *Et vsura debētur in donatione ꝓpter nuptias sicut in dote.*
11 *Decisiones adferuntur hac de re.*
12 *Dotis vsura debentur post biennium.*
13 *Vsuræ lapsu temporis quando remissæ censeantur.*
14 *Pater emancipando filium habet dimidiam vsusfructus.*

Christi auxilio implorato.

PRæmissam facti speciem, & quæstiones propositas considerauimus, & simul quoque consilium siue responsum clarissimi & doctissimi Iurisconsulti D. Maximiliani Mayr, nobis exhibitum vidimus atq; perpendimus, & pro iustitia interrogati, vt quid in singulis quæstionibus nobis iuri consentaneum videretur diceremus, responsumque supra dictum, si nobis probaretur, aliquibus rationibus decisiue procedendo confirmaremus, nos officium hac in parte nostrum denegare non potuimus.

Quantum igitur ad primam quæstionem attinet respondemus vna cum D. Consulente D. Christophorum seniorem parentem D. Christophori iunioris obligatum fuisse ex dicto instrumento dotali ad donationem propter nuptias pro D. Christophoro eius filio de qua in instrumento siue pactis dotalibus fit mentio, quamuis D. Christophorus ipsius filius eam promiserit, vt in pactis dotalibus latius continetur. Nam hæc est communis Dd. sententia,
1 quod si pater filio consentiat † in actu in quo consentire ac se obligare tenetur, consentiendo dicitur se obligare, & sic ex simplici consensu obligatio eius resultat vt declarat Bartolus *ad l. si cum dotem. § transgrediamur. n. 7. ff. sol. matrimon.* adducta *l. si filius fam. ff. de iud.* & ibidem Castren. *nu. 9.* Bald. Imola & Roman. necnon Corneus alios citans & pluribus hanc sententiam confirmans *in cons. 256. num. 12. lib. 1.* sed pater tenetur filio consentire vxorem honestam du-
2 centi † ac se obligare pro donatione propter nuptias, eamque pro filio constituere, *vt in l. qui liberos. ff. de ritu nup. & in l. vlt. C. de dotis promissio.* Ergo dum consentit filio vxorem ducenti videtur se obligare ad ipsam donationem propter nuptias, in proposita autē specie D. Christophorus senior, nō solum filio suo vxorem ducenti simpliciter consensit, verum etiam nomine filii pacta dotalia confecit, eaq; in instrumento celebrato confecta præsens approbauit suaque subscriptione ac sigillo muniuit promittens se ea serua-
3 turum. Neq; enim dubium est † quin subscribens se instrumento videatur approbare ipsum instrumentum & in eo contenta *ex l. emptor. §. Lucius. ff. de pact. l. 1. §. 1. ff. de consti. pecun. l. fin. ur. § non videtur. ff. qu. b. m. pign. vel hypoth. sol. l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. ff. de verb. obligat l. 1. §. inter ff. num. ff. ad l. Cor. de fals.* Bartol. Angel. Castr. Fulgos. Iason & alii *in d. §. Lucius.* Alex. *ad l. ... dotis solut. matrim. pen ff. sol. matrim.* Bal. *in rub. C. de fide instru. n. ... 7.* & multi alii quos recenset Menoch. *d. pr. ... lib. 3. pres. 66. n. 7.*

Quinimo etiam in facto præsupponitur D. Christophorum parentem sæpe D. Christophoro filio suo post instrumentum promisisse, se ei satisfacturum, pro donatione propter nuptias, cum ad eam præstandam eum interpellaret, vt in consilio deducitur, quamobrem videmur esse in simili casu de quo per
4 Afflict. *decis. N. ... 312* vbi pronunciatum fuit † bona patris obligata fuisse pro assecuratione dotis, licet instrumentum dotale non cantaret, vt loquitur Afflictus de patre, sed solum obligaret maritum & eius bona, quia, vt ibi dicitur *n. 2.* promissio erat facta per patrem extra instrumentum dotale.

Nec obstat si dicatur D. Christophorum filiū promisisse in pactis dotalibus ipsam donationem propter nuptias, & ideo vel ipsum solum obligatū fuisse, vel vna cū patre, & sic pro dimidia vtrūq; teneri, quia etiā in casu Cornei *d. cons. 256 lib. 1.* filius se obligauerat in pactis dotalibus ad restitutionem dotis, & nihilominus concludit patrē teneri, quia consensit filio & ipse pater tenebatur se obligare: cōfirmatque hanc sententiam latissime in toto illo consilio, & in solidum pater dicitur esse obligatus hoc in casu, non autem pro parte tantum, licet filius promiserit, quia negocium illud nempe donatio propter nuptias spectabat ad ipsum patrem principaliter *d. l. vlt. C. de dotis promissio.* Est enim communis cōclusio Dd. quod quando repeniuntur duo rei obligati in casu, quo negocium spectat ad alterum tantum, is principaliter & in solidum obligatur, alter † vero pro maiori securitate & cautela alterius partis, vt declarat 5
Bart. *ad l. reos. ff. de duob. reis.* allegando *l. vir vxori. § vlt. ff. ad Vell. l. si pro parte. § vlt. ff. de in rem verso* & alias leges Crauet. *in cons. 91. n. 2.* communem dicit Ronchegall. *ad l. 9. ff. de duob. rei. n. 59.* prout refert & probat Decisio Pedemont. apud Cacheran. *43. n. 16.* Cum itaque totum onus donationis propter nuptias constituendæ ... et ad patrem, ideo concludimus ipsum obligatum fuisse ex dicto instrumēto, in totum, nō autem pro parte. & filii promissionem ad maiorem cautionem eius vxoris pertinuisse.

Quod attinet ad secundam quęstionem de vsuris siue de interesse, an nunc post annos 21. illæ peti possint ratione retardatæ solutionis sex mil ium ex donatione propter nuptias debitorum: respondemus ex duobus articulis huius quæstionis decisionē pendere. Primus est an vsuræ loco interesse debeantur, ratione donationis propter nuptias, sicut eas deberi constat pro dote: alter an lapsus tanti temporis obstare possit.

Ad primum respondemus, vsuras ratione interesse ita deberi ꝓ donatione propter nuptias sicut pro dote, pro cuius rei confirmatione præmittimus certissimam illam conclusionem, quod dos & donatio propter † nuptias æquiparentur, *vt in l. cum multa. C.* 6
de donat. ante nupt. vbi Iustinian. dicit, nomine & substātia nihil distare à dote donationem ante nuptias: Et ideo antiquos legū conditores inter donationes etiam dotes connumerasse, & donationem propter nuptias quasi antiferna esse id est secundum gl. contra dotem. & habetur in Nouell'a de æqualitate dotis & propter nuptias donationis & late demonstrat Bursat. post antiquos Dd. quos citat *in cons. 20. nu. 3. lib. 1.* Secundo præmittimus quod donatio propter nuptias datur quidē pro securitate dotis † & domi- 7
nium eius ad vxorem pertinet, vt dicit Glos. *in auth. donatione. in verbo, vindicar. C. de iure dot.* & gn. ill. *us tex. & tex. in auth. res que. C. comm. de leg.* sed tamen vsumfructum † eius maritus habet pro onerib. matrimonii, 8
vt late & pulchre explicat Gl. *in §. est & aliud. in verb. ex ... tur. in inst. t. de donat. & in §. vlt in verbo. pertineat. in auth. de non eligen. secundo nub.* vbi rationem adfert quia si secus diceretur, dos in effectu nō seruiret oneribus matrimonii. Nam maritus tantum donat propter nuptias quantum accipit pro dote. Si ergo non haberet fructus donationis esset perinde ac si dotem nō haberet. Et quod fructus donationis propter nuptias ad maritum constante † matrimonio spectent 9
proba-

probatur *ex l. vbi adhuc. C. de iure dot.* quam citat in hãc sententiam Panormitan. *in c. vlt. num. 12. de donationib. inter virum & vxor.* ex quo text. etiam probatur secundum eundem Panormit. ibi, *& in c. per vestras. num. 12. eod. tit.* donationem propter nuptias sicut & dotem deseruire oneribus matrimoniorum, refert & sequitur Petr. Antonius Angusciola *in cons. 11. n. 8. lib 5.*

Istis ita positis dicimus interesse ita deberi pro donatione propter nuptias, sicut pro dote, tum quia doti æquiparatur, tum quia fructus eius ad maritum spectent illaque sicut & dos subiicitur oneribus matrimonii. Et pro huius sententiæ confirmatione perpendimus iure nostro constitutum esse, vt vxor vsuras habeat antenuptialis donationis, si pecuniam in qua illa consistit non exigat à filiis prioris matrimonii. Si enim ita constitutum est in vxore soluto matrimonio, quæ de lucro consequendo tractat, multo magis idem erit respondendum in marito, qui sustinet onera matrimonii si ei donatio propter nuptias non præstetur, ex qua fructus percipere possit, præ-
10 standas † esse vsuras loco fructuũ & interesse. Quod autẽ de vxore dicimus ei vsuras ratione donationis propter nuptias deberi probatur ex Nouella *de non eligen. secundo nubẽn. §. si autẽ.* vbi Imperator ita dicit. *Si autem omnino forte consistat in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus, antenuptialis donatio, tertiam vsurarum partem percipientem matrem, cum cautione tam definita non exigere à filiis aurum nisi forte idonea sit viri substãtia, &c. Tunc enim electionem matri dabimus, siue volue it res percipere & præbere cautionem, siue istam quam d ximus vsuram accipere, & secundum priores leges & secundum nost am.*

Idem probatur *in l. hac edict. sl. §. his illud C. de secun. nupt.* vbi filii similiter bona retinentes donationis propter nuptias tenẽtur matri cauere, quod pro vsufructu eorum tertiam partem centesimæ vsurarum nomine præstabunt.

Quæ quidem tertia pars centesimæ teneatur etiam in dote, vt appareat isthæc æquiparata esse *in l. vlt. §. præterea. C. de iure dot.* ibi, etsi tota dos in auro sit, ibidem post biennium vsuras vsque ad tertiam partem centesimæ præstari.

Et ita quod vsuræ debeantur pro donatione pro-
11 pter † nuptias sicut pro dote, decisum est sæpe in consilio Neapolitano quam ipsi appellant antifactum, vt habetur apud Grammaticum *decis. 103. num. 98 & seqq.* vbi hanc sententiam late probat. & idem decidit post alios, quos citat Senatus Pedemont. nouissime apud Anton. Tessaurum *decis. 45.*

12 Sicut igitur in dote constitutum est, vt † vsuræ debeantur post biennium, *l. vlt. § præterea. C. de iure dot.* & est cõmunis sententia, vt præter allegatos à D. Consulente videre licet *ex decis. Pedemont.* Cacheran. 132. ita & in donatione propter nuptias iuris esse putam⁹.

Sed alter sequitur articulus, an post tempus tam longum præteritum nempe annorum viginti duorum tales vsuræ peti possint, an vero potius remissæ censeantur. In quo quidem articulo concludimus, vna cum D. Consulente, dictas vsuras remissas non videri, qui pro hac sententia multas authoritates in suo consilio adfert, quibus nos Doctorum distinctionem addi posse putamus, qua & opiniones diuersæ conciliantur, & confirmatur eius sententia. Nam cum variæ sint in hoc articulo Doctorum sen-
13 tentiæ, vtrũ † longi temporis silentio vsuræ dotis remissæ videantur; aliquibus affirmantibus remissas, aliquibus negantibus: distinctionis ope conciliantur opiniones à Cacherano, alios citante, *in decis. 132. n. 19.* vt si quidem maritus donec vixit vsuras dotis nõ petiuit, & mortuus est, tunc heredes eius illas petere nõ possint quia remissæ à marito censeantur. per text. *in l. vir vsuras. ff. de donat. inter virum & vxor.* qui in his terminis loquitur, & quo textu illi nituntur, qui remissas esse dicunt vsuras ex longi temporis taciturnitate. Loquitur enim textus de viro, qui vsuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat, cum per omne tempus matrimonii sumptibus suis vxorem & eius familiam exhiberet & postea testamento facto mortuus esset, & ait, remissas videri.

Si vero maritus viuat, & post longum tempus vsuras petat non videantur remissæ, nisi lapsum sit tempus 30. annor. quo extinguitur omnis actio. *l. omnes l. sicut C. de præscriptio. 30. vel 40. anno.* vt ibi latius prosequitur Cacheran. ad quem breuitatis causa nos remittimus. Et hic est casus noster cum viuat D. Christophorus iunior actor in præsenti causa.

Ad tertiam quæstionem quod attinet, præsupposita consuetudine in ciuitate Augustana quod filii censeantur sui iuris effecti ac emancipati ex eo quod vxorem duxerint, & separatim à parentibus viuere & habitare inceperint, dicimus nullam fore dubitationem, quin vsusfructus bonorum maternorum ad filiũ, non autem ad patrem spectet, nisi eiusdem consuetudinis Augustanæ vigore ita pro sui iuris habeantur (quod tamen non putamus) acsi à patre emancipati fuissent, vt proinde parẽti dimidia † pars vsus- 14
fructus debeatur sicut alias regulariter debetur in præmium emancipationis *iuxta l. cum oportet. §. cum autem. C. de bonis, quæ lib. & in §. hoc quoque. in insti. per quas personas nobis acq.* tunc enim parens dimidiam haberet, & quoniam hanc partem consultationis clarissimam esse putamus, cum in bonis filii patria potestate soluti nullibi constet patrem vsumfructum habere, sed tantum in bonis eius qui est in potestate, plura non addimus pro confirmatione eorum, quæ copiose & erudite à Domino Consulente adferuntur.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Reuerendiss. & Venerabili Capitulo P. Ecclesiæ.

Argumentum Consilii XXX.

An contractus in dubio præsumatur emphyteuticus vel censualis. Dominium Ecclesiæ quomodo probetur. De præscriptione longissim. temporis & immemorialis. De restitutione in integrum aduersus eam. De interdicto retinendæ, adipiscendæ, & recuperandæ nonnulla.

Summaria.

1 *Cẽsum soluimus de re nostra, pensionẽ de re emphyteutica.*
2 *Emphyteusis quæ dicatur & quis censualis contractus.*
3 *Nemo præsumitur renunciare dominio.*
4 *Semper in obscuris quod minimum est, sequimur & procedit etiam in contractibus.*
5 *Contractus præsumitur in dubio emphyteuticus, non autem censualis.*
6 *Et præsertim fauore ecclesiæ.*
7 *Secus si de priuato agatur.*

 8 *Ver-*

8 *Verba enunciatiua inter alios prolata non probant.*
9 *Verba enunciatiua in antiquis probant.*
10 *Verba enunciatiua probant fauore ecclesiæ.*
11 *Verba enunciatiua probant quando concurrit longa possessio.*
12 *Contractus præsumitur censualis, non autem emphyteuticus secundum communem.*
13 *Contractus interpretatur contra eum in cuius potestate fuit legem apertius dicere.*
14 *Dubia probatio non releuat probantem.*
15 *Emphyteusis continet multa onera, & similis videtur seruituti.*
16 *Res in dubio potius præsumitur allodialis.*
17 *Emphyteusis requirit scripturam.*
18 *Emphyteuta non potest aliis concedere in emphyteusim sine licentia domini.*
19 *Res præsumitur libera quando possessor eam possidet & alienat, vt liberam.*
20 *Census percipitur de re censuali & pensio de re emphyteutica.*
21 *Renunciatio præsumitur quando præcessit causa.*
22 *Per librum censualem probatur dominium ecclesiæ.*
23 *Dominium probatur ex solutione census.*
24 *Dominium probatur ex fama in antiquissimis.*
25 *Consensus S. Pontificis in alienatione rerum ecclesiæ non præsumitur.*
26 *Domini duo in solidum esse non possunt.*
27 *Paulina constitutio de alienatione rerum ecclesiæ non est vsu recepta vbique.*
28 *Solennitates omnes præsumuntur interuenisse ex longissimo tempore, & multo magis ex immemoriali.*
29 *Tempus immemoriale vim habet priuilegii.*
30 *Restitutio datur aduersus præscriptionem centum annorum.*
31 *Quadriennium datum ad petendum in integrum restitutionem currit ex die scientiæ.*
32 *Præscriptio 40. annorum currit contra ecclesiam.*
33 *Bona fides requiritur, sed præsumitur in præscriptione temporis immemorialis.*
34 *Præscriptione immemoriali quæruntur etiam Principi reseruata.*
35 *Possessio probatur ex receptione pensionis.*
36 *Solutio præsumitur facta de præterito si probetur facta per tres annos continuos.*
37 *Scientia præsumitur ex longissimo tempore.*
38 *Quadriennium datum ecclesiæ ad petendam in integrum restitutionem non currere nisi ex die scientiæ quomodo intelligendum.*
39 *Ignorantia vbi probabilis non est non prodest ad petendam in integrum restitutionem.*
40 *Restitutio in integrum an ecclesiæ competat post quadriennium.*
41 *A possessorio incipiendum.*
42 *Adipiscendæ remedium cui detur.*
43 *Recuperandæ remedium datur ei qui sine causa iusta possessione cecidit.*

Iesu Christi redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

EX actis instrumentisque & aliis scripturis ad nos transmissis à Capitulo Reuerendissimo & Amplissimo Ecclesiæ P. pro iustitia nostrum consilium ac responsum iuris postulante, animaduertimus omnem quæstionem & consultationem nostram eo pertinere ac dirigendam esse, vt diligenter inuestigemus ac discutiamus, vtrum duo prædia in Altheim sita quæ appellantur Thuemna, ex quorum singulis eidē Capitulo solui annuatim debent triginta modii frumenti, sex anseres, sex pulli, centum oua, pecunia pro porcis, & vna libra nummorum, pertineant ad ipsum Capitulum ecclesiæ P. nec ne, ad effectum, vt cognoscatur, an ea vel possessionis, vel propietatis iure vindicare & obtinere possit, & sic an Capitulum prædictum ius aliquod habeat vel in possessorio vel in petitorio, ad dicta prædia consequenda, an vero potius spectent ad Nobilem Gundackherum Thuamer de Milhaim aduersariū eiusdem ecclesiæ.

Cæterum, vt hæc duo capita consultationis melius explicemus, nempe vtrum in possessorio primum, deinde vtrum in petitorio saltem iudicio iusta sit Capituli causa, dictaque duo prædia vindicare & consequi possit, præmunitionis loco, & vt omni ex parte nostra consultatio ac decisio plana sit & perspicua, tres articulos examinādos putauimus. Primus est vtrū ex literis A. erectis an. 1410. & ex literis B. erectis an. 1473. fundata sit Capituli intentio, circa proprietatem & dominium dictorum prędiorum, ita scilicet, vt ex dictis literis probetur dicta prædia ad ipsum Capitulum spectare. Secundus est, si non ex dictis literis fundata sit intentio Capituli, an saltem ex aliis argumentis fundata sit, quæ colligi possunt ex actis ad nos transmissis. Tertius, dato quod aliquo modo fundata sit intentio dicti Capituli, an nō præsumptionis longissimi temporis centum & amplius annorū excludi possit exceptione.

Istis absolutis, ordine ac paucis expediemus præmissa duo capita, nimirum possessorii & petitorii, & an Capitulum, an vero nobiles aduersarii potiora iura habeant, melioremq; & potiorem causam tum in possessorio, tum in petitorio, decidemus.

Quod igitur ad primum attinet, dicēdum nobis prima facie videbatur, fundatam esse intentionem dicti Reuerend. Capituli ex literis prædictis A. & B. ex eisq; probari prædia de quibus agitur iure dominii directi spectare ad ipsum Capitulum. Nam in dictis literis A. hoc continetur q̄ quidam Gundackherus Thuamer de Milhaim, vendiderit Vdalrico Taringero emphyteusim super dimidio suo prædio appellato Thumhoff in Altheim sito, quod nos habemus, inquit, à Dominis nostris gratiosis Canonicis in P. hac lege, vt emptor Vdalricus omnia debeat pro illo prædio soluere, quæ prædii illius nomine ab antiquis solui consueuerunt.

In literis autē B. continetur quod Erasmus Thuamer vendiderit emphyteusim in prædio nuncupato Thumhoff, cum omnibus suis pertinentiis, &c. saluis iuribus quæ habet Granarium ducale in Ried, & Canonici in P. Ex quibus infertur dicta prædia iure proprietatis ac dominii olim ecclesiæ P. fuisse, & ab eadem concessa ac in alios translata fuisse, ea lege, vt singulis annis certę quędam res ei præstarētur, nempe, vt supra dictū est, ex singulis prædiis triginta modii frumenti, & alia supradicta. Iam igitur in eā quæstionem incidimus, quia non constat ex literis prædictis nec aliunde ex actis ad nos transmissis vtrum hæc prædia in emphyteusim concessa fuerint, à dicta P. ecclesia, an vero censualis cōtractus interuenerit, vtrum in dubio præsumendus sit cōtractus emphyteuticus, an vero censualis. Nam si contractus præsumatur emphyteuticus, dominium ipsorum prædiorum (directum appellāt communiter Dd.) apud ipsam ecclesiam quæ concessit remansisse intelligetur. Secus autem si contractus intelligatur esse censualis: quia per contractum huiusmodi censualem,

trans-

transfertur directum & vtile dominium in accipien-
tem, reseruaro tãtum iure cõsequendi annuum cen-
sum, qui constitutus est, quocirca dicere solemus, ꝙ
1 censum soluimus de † re nostra, pensionem vero em-
phyteuticam pro re aliena. Hæc probãtur, quantum
ad emphyteuticum attinet contractum. in l.1. C. de iu-
re emphyt. vbi Ias. explicat n. 48. & idem Ias. in auth. qui
rem. nu. 10. C. de Sacrosanct. eccles. quod vero attinet ad
contractum censualem probatur ex communi cano-
nistarum doctrina, qua dicunt, esse contractũ quen-
dam, quo habens plenum rei dominium, eam alteri
tradit, & in eum dominiũ omne transfert, ea pactio-
ne, vt perpetuo ex ea re sibi annuatim aliquid solua-
2 tur, vt notat † Gl. Innoc. & Abb. n.2. & alii. Canonist.
in c. constitutus. de relig. domib. Imola in c. ad audientiam. n.
4. de reb. eccles. non alien. Didac. Couar. lib.3. variar. resol.
c.7. n.1. Bart. l.1. §. hic titulus. n.4. ff. de publicanis & vectig.
Ruin. in cons. 42. n 4 & 160. nu.7. lib.1. Crauet. in consil.
112. n.8. Natta in cons. 3. col 1. Menoch. de præsumpt. libr.3.
præsump. 106. n.1.2. Mascard. de probationib. vol.2. conclus.
601. num.7.

In hac igitur quæstione videbatur prima fronte di-
cendum, in dubio prçsumendum esse contractũ em-
phyteuticum inter ecclesiam & nobiles p̄dictos, non
autem censualem. Primo, quia vt iam dictum est, in
emphyteusi retinet dominium is qui rem concedit,
sed per censualem contractum dominiũ transfertur
in alium, & sic dominus qui rem concedit, dicitur re-
3 nunciare dominio quod habebat, sed nemo † præ-
sumitur renũciare iuri suo. l. cum de indebito. ff. de probat.
c. quia circa. de priuileg. c. super hoc. de renunc. Tiraquell la-
tissime ad l. si vnquam. C. de reuoc. donat. in præfatione. nu.
128 & sequ. Mascard. lib.3. de probat. conclus. 1263 vbi in-
numeros fere citat. Et ideo non debemus hanc inter-
pretationem sumere, cum aliam accipere possumus,
nempe illam vt concedens rem, dominium nõ trans-
tulerit in alium, & sic interpretando esse contractum
emphyteuticum, non autem censualẽ. Secundo, quia
4 semper in obscuris, ꝙ † minimum est, sequimur. reg.
semper in obscuris. de reg. iur. & ibi Dec. notat illam regu-
lam procedere, etiam in contractibus, & ideo domi-
nium in dubio non præsumitur translatum, vt ipse
docet in l. si pascenda nu.15 C. de pact. Tertio, quia ita in
5 terminis, ꝙ in dubio † non præsumitur contractus
censualis, sed potius emphyteuticus docuerunt Ioan.
Fabr in l.1. n.7. C de iure emphyt. Ias. in l.2. n.165. C. eod. tit.
Nic Euerar. in centuria legali. in loco ab emphyteusi ad cen-
sum. nu.5. Clar. in §. emphyteusis. q.1. vers. sed pone.

Quarto, quia ita in fauorem ecclesiæ saltẽ respon-
dendum videbatur, quod præsumatur in dubio con-
6 tractus † emphyteuticus, quoniam huiusmodi in-
terpretatio minus præiudicii continet, cum ecclesia
retineat dominium, & in dubio illa præferenda sit
interpretatio quæ fauet ecclesiæ. l. sunt personæ. ff. de re-
ligiosis & sumpt. funer.

Quinto, quia etsi controuersia sit inter Dd. super
hoc articulo, vtrum in dubio præsumatur contractus
emphyteuticus vel censualis, tamen distinctio hæc
adhiberi solet. Aut loquntur de priuato, aut de eccle-
7 sia, si de priuato, tunc prçsumitur cõtractus † cẽsualis,
si de ecclesia, tunc p̄sumitur emphyteuticus, quia hçc
interpretatio est minus damnosa & p̄iudicialis eccle-
siæ, ita distinguit August. Berous q.14. Alex. de Neuo
in cons. 27. Mynsing. centur. 3. obser. 65.

Nec prædictis obstat, si dicatur verba illa dictarum
literarum enunciatiua esse inter alios prolata, & pro-
8 pter aliud emissa † & cõsequenter non probare, cum
de ipso enunciato contingit principaliter disputari. l.
non nudis l. non epistolis. C. de probat. l. ex verbis. C. de testam.
milit. c. si Papa de priu. lib.6. Bart. late in l. ex hac scriptura.
ff. de don. Canon. in c. vlt. de success. ab intestato.

Quoniam primum respondetur, regulam non p̄-
cedere in factis antiquis, quale est id, de quo agitur,
ante centum & tot annos, quia in antiquis cum pro-
bationes non tam facile possint haberi, etiam verba
enunciatiua † probant. Glos. in c. cum olim. de censib. & 9
ibi Ant. Burr. n.28. Alex. in cons. 12. nu.8. & 74 n.32. libr.
4. Ias. in l. ex verbis. n.1. C. de testament. milit. Socinus Iun.
in cons. 65. nu.7. lib.1. vbi ait hanc antiquitatem debere
esse centum annorum. Dec. in cons. 152. num 2. vbi dicit
esse communem sententiam Doctorum, & in cons. 36
n 7. refert & sequitur Andr. Gail. lib.2. obser. 71. nu 10.
latissime alios citans Mascard. volum. 1. de probationib.
conclus. 106.

Secundo respondetur regulam † non procedere 10
fauore ecclesiæ & piæ causæ, tunc enim probant ver-
ba enunciatiua, Bart. in l.1. n.77. C de Sacrosanct. eccles. &
probatur in c. vlt. de success. ab intest. Panormitan. consil.
10 num.2. lib.1. Afflictus decis. 83. num.5 Iason in l. ex his.
nu.2. vers. quinto limita. fauore piæ causæ. C de milit. testam.
Mascard. de probat. vol.2. concl. 621. num. 41.

Tertio respondetur in casu nostro, alias coniectu-
ras concurrere, ex quibus probatur verum esse id, ꝙ
cõtinetur in verbis enunciatiuis inter alios prolatis.
Constat enim, annuum redditum ex dictis prædiis
ecclesiæ P. semper solutum esse, quiete & pacifice,
& absque omni contradictione, & semper reserua-
tum fuisse ecclesiæ prædictæ illud ius exigendi fru-
mentum, & alia de quibus superius facta est mentio,
ita vt ecclesia fuerit in continua & longissima posses-
sione exigendi, ex quo manifestum colligitur argu-
mentum, ea prædia ecclesiæ P. fuisse, & per eccle-
siam concessa dictis nobilibus fuisse, sicut in dictis
literis narratur, & continetur in verbis illis enuncia-
tiuis, & quãdo † concurrit longa possessio, quæ con- 11
ueniat cum verbis enunciatiuis, tunc illa plene pro-
bant: vt late respondit Alex in cons. 2. 9. col.5 vers. non
obstat etiã. lib.6. Crau. in tract. de antiq. temp in prin. n.20.

Verum istis non obstantibus, contrarium decidi-
tur, nempe contractum in præsenti casu nostræ con-
sultationis p̄sumendum esse censualẽ, nõ autem em-
phyteuticum, ex quo, vt supra dictũ est, sequitur, do-
minium p̄diorum translatum ab ecclesia fuisse in di-
ctos nobiles, quibus à principio prçdia sunt concessa
sub annua illa præstatione frumenti & aliarũ rerum.

Primum argumentum, quo in hãc sententiam ad-
ducti sumus, est, quia etsi controuersia sit inter Dd. v-
trum in dubio cõtractus præsumendus sit censualis,
an vero emphyteuticus, & aliqui dixerunt emphy-
teuticũ esse p̄sumendum, tamen contraria sententia
nobis & communior & probabilior videtur, nempe
præsumendum esse censualem, non † autem emphy- 12
teuticum. Quod hæc sit communior sententia p̄ba-
tur. Nam ita primum omnium Alberic. docuit in l. 2.
n.13. vers. quid de quæstione. C de iure emphyt. Ias. ibid. n.42.
Socin Sen in cons. 167. n 6. lib.2. Ruin in cons. 42. n.7. li.
1. & 160. n.7. eod. lib. Dec. in auth. qui rem. n.7. Cod de Sa-
crosanct. eccles. & in consil. 146. in princip. & in consil. 138.
& 160. Neuizanus lib.6. syluæ nuptialis. num. 47. versic.
item in dubio. Marsilius sing. 95. Capicius decis. 103. Bru-
nus consil. 41. num.1. Parisius in cons. 13 num.6 & 85. nu.
2. libr. 4 Crauetta in consil. 204. num. 20. Grammati-
cus decis. 77. num.9. & 19. Natta in consil.3. num. 2. Di-
dacus Couar. lib.3. variar. resolut. libr. 7. nu 1 Franciscus.
Bursatus in cons. 26. nu.17. Iacob. Menoch. de præsumpt.
lib.3 præsumpt. 106. num.3. Mascard. de probationib. vol. 1.

 conclus.

conclus. 181. & ita decisum fuisse à Rota Romana patet *ex d. c. f.1. tit. de censib. Marcelli Crescentii.* & nouissime habetur *decis* 307. *in prima parte nouissimarum decisionum*, & alijs in locis à Mascardo relatis *vbi supr.*

Et notandum est omnes fere superius allegatos, secutos esse sententiam Alberici, qui in terminis contractus Ecclesiæ loquitur, non autem priuati. Nam dicit Albericus, se ita respondisse cuidam Priori monasterii, cum instrumentum haberet, in quo continebatur, Titium promisisse dare singulo anno ipsi monasterio vnum saccum frumenti pro quodã fundo, & quæreret an propter cessationem biennalem posset expelli, ait, se respondisse, non potuisse expelli, quia non constaret esse contractum emphyteuticum, & censualis in dubio præsumendus esset ex notatis. *in c. constitutus. de relig. domib.*

Ex quo infertur supradictam communem sententiam esse accipiendam, tam de contractu Ecclesiæ, quam alicuius hominis priuati.

Quod autem sit hæc sententia probabilior, ex eo patet, quia in dubio debet fieri interpretatio contra eum qui nititur instrumento, atq; adeo contra ipsum

13 stipulatorem in cuius † potestate fuit legem apertius dicere. *l. veteribus. ff. de pact. l. stipulatio ista §. in stipulationibus. l. quicquid astringendæ. ff. de verb. oblig. l. quiex plurib. fund. tit. ff. eod. tit.* Et in omnibus his locis Doctores notant, & in specie notatur in decisione Rotæ Romanæ apud Crescentium. Siue enim, inquit Rota, constet de instrumento, & cum est dubium, an possit se habere ad censum & ad emphyteusim, in dubio attenditur contra illum qui se in instrumento fundat, *l. Labeo. l. si in emptione. ff. de contrab. empt.* Siue de solutione per tot & tot annos facta, & tunc quia potest se habere ad diuersa, scilicet ad Canonem & censum, non debet ex hoc induci rem subiectam: cum dubia

14 probatio † quando potest se ad plura habere non releuet. *c. præsentia. de probat.* Abbas *per illum text. in cap. vlt. de cau. poss. & propr. & in c. 2. & cap. peruenit. de censib.* Hactenus Rota apud Crescentium.

Secundo, quoniam reuera contractus emphyteuticus multa continet onera ipsius emphyteutæ; nam emphyteuta alienare non potest rem emphyteuticam irrequisito Domino, *l. 3. Cod de iure emphy.* Rursus si cessauerit in solutione per triennium, vel per biennium, si emphyteusis ecclesiastica sit, cadit à iure suo, *l. 2. C. eod. cap. potuit. de locato.* Vt merito Docto-

15 res nostri dixerint, emphyteusim videri † similem aliquo modo seruituti, quæ propterea non est præsumenda ex communi regula, *l. altius. C. de ser. & aqua.* Et ideo omnes communiter Doctores tradunt, emphyteusim non præsumi, sed probandam esse ab eo, qui eam allegat. Parisius *cons.* 138. *num.* 25 *lib.* 4. Nam

16 in dubio res præsumitur † allodialis, & non emphyteutica, Hostiensis *in cap. nimis. de iureiur.* Curtius Iun. *cons.* 108. *num.* 15. & 140. *nu.* 4. & alii quos refert & sequitur Mascard. *de probationib. volum.* 2. *conclus* 601. *in principio.*

Secundum argumentum est; quia vt maxime dubium esset, & controuersum istud axioma, quod res præsumatur potius censualis quam emphyteutica, tamen in hac specie nostra coniecturæ quædam suppetant, & indicia satis vrgentia, quod fuerit censualis contractus. Nam in primis nulla legitur in actis ad nos missis scriptura facta de emphyteusi, & de dictis prædiis in emphyteusim concessis, ideo censeri non

17 debeat emphyteutica, quia † emphyteusis necessario scripturam requirit, *ex l. 1 Cod. de iure emphyteut. ibi. scriptura interueniente. &c.* Iason *ibidem num.* 61. 62. 63. Clarus § *emphyteusis quæst.* 4. Cacheranus *decis.* [illegible] *num.* 53. *num.* 1. Bursatus *d. cons.* 26. *num.* 16. *lib.* 1. [illegible] ita in terminis nostris argumentatur. Deinde nulla ad [illegible] directi Dominii Ecclesiæ reseruatio, quę in e[illegible] emphyteusi solum procedit, non autem in censu; ideo præsumitur potius censualis contractus, ex not. *in cap.* [illegible] *constitutus. de religiosis domib.* per Crauettam *in cons.* [illegible] *nu.* 8. & alios quos in proposito nostro citat Bursatus *d. cons.* 26. *num.* 14.

Tertio ex literis A. & B. ab antiquissimo tempore erectis, de quibus in actis constat nobiles præ[illegible] qui prædia hæc acceperunt ab Ecclesia P. vt in [illegible] literis dicitur, eadem in emphyteusim cõcessisse sub certis pactis & pensionibus. Et ibi reseruan[illegible] quidem præstationes debitæ Capitulo Ecclesiæ P. sed nulla fit mentio aut reseruatio dominii directi ipsius ecclesiæ. Item nulla mentio consensus requiriti, ad alienationem faciendam, aut laudemii [illegible] præstiti, quæ tamen omnia verisimiliter [illegible] fuissent, si ecclesia P. in emphyteusim ea prædia concessisset, atque adeo directum dominium, vt vocant, retinuisset, hæc omnia probantur *ex l. 3. C. de iure emphyt.* & quod emphyteuta non possit absq; consensu Domini in emphyteusim, aliis † cõcedere bona em- 18 phyteutica, probatur *ex dict. l. 3. C. de iure emphy.* & de consuetudine seruari, manifestum est, ex notatis per Speculat. *tit. de locato. § nunc aliqua. quæst.* 125. & per Iasonem *in dict. l. 3. numer.* 10. Clarum *in § emphyteusis. quæst.* 20.

Quarto, nam ipsi nobiles dicta prædia possidentes, ita se gesserunt, sicut si directi Domini essent: & ideo Anno 1550 cum vnus emphyteuta vendidisset alteri suam emphyteusim, ipsi nobiles consensum suum accommodarunt, & sigillum suum apposuerunt cum reseruatione sui dominii. Et hanc † con- 19 iecturam in specie perpendit Bursatus, *d. cons.* [illegible] *nu.* 14. 15. *lib.* 1.

Deniq; in ipso P. ecclesiæ Vrbario nuncupato, vbi annotãtur redditus annui, nulla fit mentio quod dicta prædia pensionem debeant tanquam emphyteutica, sed tantum fit mentio annui redditus, qui ex dictis prædiis percipi solet: ex quo indicium est, non esse hæc prædia emphyteutica, sed potius censualia, quia vt diximus supra, censum percipere dicimur de re † censuali, pensionem autem siue Cano- 20 nem de re emphyteutica, Glos. *in c. constitutus. de relig. domib.* Bartol. *in l. 1. § hic titulus. ff. de public. an.* Menoch. *de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 106 *nu.* 2.

Quibus ita positis non obstant ea, quæ in contrarium superius allata, nobis dubitationem afferebant. Nam quod attinet ad primum, quo dicebatur neminem præsumi suo iuri renunciare: respondemus, id verum esse vbi nulla † præcessit causa id presumendi, 21 secus vbi contractus interuenit, per quem iuri suo quis cedat, & in alium transferat, vt in casu nostro, in quo præcessit ac interuenit contractus censualis, vt supra deductum est, per quem dominium in accipientem transfertur, reseruato iure concedenti censum accipiendi annuum. Nam & in dubio dominium causa subsistente transfertur, *l. si ita distrahatur. ff. de contrab. empt. l.* [illegible] *§. & ell quæstio. ff. pro dote.* Menoch. *lib.* 3 *præsumpt.* 34. *nu.* 5

Ad secundum, verum esse dicimus quod in regula cõtinetur, in obscuris quod minimum est sequendum, sed hoc etiam minimum est, vt contractus non sit emphyteuticus, sed potius censualis, quo minus præiudicii irrogatur accipienti, nec tot oneribus & obligationibus est obnoxius, sicut in contractu emphyteu-

phyteutico. Et in dubio fieri debet interpretatio contra ipsum concedentem,& in fauorem accipientis,tanquam rei & promissoris,quoniam in potestate dantis & concedentis rem suam est, legem apertius dicere,& ita declarare, quod in emphyteusin concedat,non autem aliter.

Ad tertium argumentum respondemus, etsi aliqui fuerint in ea sententia ex Dd. quod cōtractus sit præsumendus in dubio emphyteuticus, tamen contrariam sententiam magis communiter receptam esse, vt superius deductum est: & ideo authoritati aliquorum esse præferendam.

Ad quartum respondemus: in dubio quidem fauendū esse ecclesiæ,sed hic iur.regula repugnat:quia in potestate eius fuit rem apertius declarare, & fungitur illa partibus actoris & stipulatoris, quo casu in dubio facienda est interpretatio contra illam, vt latius supra deductum est.

Ad quintum argumentum ab authoritate Dd.petitum respondemus,communiorem sententiam pręferendam esse,ac pręualere oportere,secundum vulgares traditiones nostrorum interpretum passim.

Sequitur secunda quæstio, si non ex dictis literis fundata sit Capituli intentio, an saltem ex aliis actis & argumentis,quæ in actis habentur,fundata sit. Et videbatur prima vt aiunt fronte respondendum,fundatam esse circa proprietatem ac dominium dictorum prædiorum.

Primo, ex libro censuali ipsius ecclesiæ P. quem Vrbarium appellant, in quo fit mentio horum prædiorum & annui redditus qui ex eis percipitur. Nam
22 per librum † censualem ecclesiæ, dominium eius probari docuerunt nostri, *argument. c. ad audientiam. de præscript.* Romanus *in cons.* 117. Decius *in consil.* 596. *num.* 4. Crauetta *in cons.* 158. *num.* 4. & de libro Canonicorum tradit Ancharan. *in consil.* 44. *primo de iuribus nu.* 5. & sequitur Io. de Anan. *in consil.* 84. *videndum ist.* Mascard. late *de probat. vol.* 1 *conclus.* 543.

Secundo ex solutione facta ipsius annui cēsus per
23 longissimum tempus. Nam † & per solutionem census dominium probari, passim docent nostri, Abb. *in cons.* 74. *duo principalia* 1. *lib.* 1. Felin. *in c. cum Bertoldus. nu.* 25. *de re iud.* Alexand *in cons.* 8 *nu.* 1 *libr.* 7. Salyc. *in l. proprietatis. C. de probat.* Mascar. alios citans *de probationib. vol. primo. conclus.* 544.

Tertio ex communi fama: nam coloni qui prędia ista & agros colunt, & pensiones soluerunt ecclesiæ P. & sunt emphyteutæ, dicunt dominium dictorum prædiorum, siue dicta prædia ad Capitulum pertinere. Constat autem in antiquis, sicut in casu isto, quia sunt elapsi centum & amplius anni, per famam
24 solum † probari dominium Baldus *in l. si dicta. num.* 5. *Cod. de rei vind.* Decius *in consil.* 146. *num.* 12. Romanus *in consil.* 127. *nu* 1. Angelus *in l. atqui natura* §. *cum me absente. ff. de negot. gestis.* vbi exemplum adfert, veluti si fama sit, hanc domum fuisse Dantis Poetæ vel alterius qui decesserit, iam sunt centum anni. Tiraquellus alios adducens, *de præscriptionib. vers. per de. em annos.* §. 1. *Gloss.* 4 Menoch. *de arbitrariis. casu* 42. *nu.* 4. Bursatus *in cons.* 28. *nu.* 8. latissime alios citans Mascar. *de probat. vol.* 1. *conclus.* 546.

Quarto & illud argumentum adferri posse videbatur, licet non adferatur, negari non posse, quin hęc prædia olim ad ecclesiam P. pertinuerint, atq; in pleno eius dominio fuerint, antequam nobilibus concessa essent. Iam igitur hoc pro ecclesia perpendi posse videtur, contractum censualem, per quem ecclesia transtulit prædiorum dominium in alios, nullum esse, tanquam celebratum non adhibitis iuris solennitatibus, quæ requiruntur in alienatione rerum ecclesiasticarum, nempe consensu inter cætera Romani Pontificis, *vt in extrauag. ambitiosæ. extra de reb. ecclesiæ non alienan.* Neq; enim consensus & licentia † summi Pontificis necessaria in alienatione rerum ecclesiasticarum pręsumitur, ex lapsu temporis etiam longissimi, cum verisimile non sit Summum Pōtificem notitiam habuisse talis contractus & alienationis, ita Baldus *in l.* 2. *C. de legit. hered.* Alexand. *in cons.* 9. *num.* 7. *lib.* 3. *&* 17 *nu* 8. *lib.* 4 Afflictus *decis.* 107. Crauet. *de antiq. tempor. in* 3 *parte princip. in principio. num.* 18. Felin. *in cap. Albericus. in fine. de testib & in cap. illud. num.* 7 *de præsump. in c. sicut. nu.* 33. *de sent. & re iud.* Rum. *in consil.* 23. *num* 19. *lib.* 5. 25

Verum istis non obstantibus contrarium deciditur, nempe ex prædictis argumentis & rationib. nullo modo fundatam esse intentionem ecclesiæ P. ad hunc effectum, vt appareat horum prædiorum dominium & proprietatem ad eam pertinere, ac proinde ea vindicare possit.

Fundamentum vero huius nostræ decisionis illud est nostro iudicio firmissimum, quoniam ecclesia P. dominium & proprietatem, quam habebat ipsorum prædiorum per contractum censualem transtulit in dictos nobiles, reseruato sibi annuo censu supradicto, nam cum duo † non possint in solidum esse domini. *l. si vt certo* § *si duob. ff. commod. l. hereditat.* § *pater ff. de castrens. peculio.* cum aliis similibus, sequitur ipsum dominium prædiorum iam translatum in nobiles per dictum contractum censualem esse non posse apud ecclesiam, quæ in alios illud transtulit. Quod autem contractus censualis præsumatur inter ecclesiam P. & pręfatos nobiles interecessisse, & quod per eum dominium transferatur, iam superius latius deduximus in priori articulo. Quare vnum restat agendum, illud nimirum, vt quantum argumenta in contrarium iam allata ponderis habeant breuiter dispiciamus. 26

Quod igitur ad primum attinet, respondemus Dd in argumento citatos ad probandum per librum censuale ecclesię dominium eius probare, non loqui in terminis nostris, quando videl. per cōtractum censualem ecclesia dominium bonorum in alium transtulit: quia tunc cum impossibile sit, vt ecclesia simul dominium retineat, non pōt dominium ecclesiæ probari per librum censualem. Sed Dd. loquuntur, vt videre licet ex Rom. in d. cons. 127. & aliis quando res in emphyteusin est concessa, & soluitur ecclesiæ pensio singulis annis, quam absolute Dd. allegati, censum vocant, & librum censualem ecclesiæ, accipientes censum pro Canone siue pensione emphyteutica, tunc enim probatur dominium ecclesiæ, sed non in istis terminis non versamur, vet [illegible] in contractu censuali, quare nec argumentum illud de libro censuali ad rem nostram pertinet.

Qua responsione tollitur etiam secundum argumentum. Nam per solutionem census tunc probatur dominium, cum census soluitur pro recognitione dominii in signū subiectionis vt loquuntur Dd. allegati, sed non procedit, quando soluitur census ratione contractus cēsualis, p quē translatum fit dominium rei in accipientem, vt est casus noster: ideo non obstat.

Ad tertium argumentum respondemus ex communi fama & attestatione probari quidē dominium posse in antiquis: sed hoc locum habere potest, cum non constat, fuisse in alium translatum ex contractu & causa præcedenti cum traditione secuta, vt in casu nostro: ideo nihil obstat.

Ad

Ad quartum respondemus inprimis hoc remedio nullitatis contractus Ecclesiam P. non vti. Secundo
27 non constat an Pauli [illegible] constitutio † quæ Romani Pontificis consensum & licentiam exigit, in alienatione rerum ecclesiasticarum fuerit vsu recepta in eo loco, neq; enim locum habet vbi vsu recepta non est, vt tradit Couar. *lib. 2. cap. 16 num. 6.*

28 Tertio imo ex longissimi temporis † lapsu præsumi, omnia interuenisse solennia, quæ sunt in alienatione bonorum ecclesiæ necessaria, tradunt Decius *in cons. 222. n. 9.* Felin. *in c. [illegible] num. 3 de testib.* Glos. communiter recepta, *in cap. peruenit. in verb. fatigari de empt. & vend.* Ancharan. *in consil. 136. n. 1* Alciat. *de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 10 num 6. 7* Andr. Gail. *libr. 2. obseru. 71. numer. 8. & seq.* Cephalus late *in consil. 316. numer. 37.*

Quarto, locum non esse argumento in contrarium allato, quando tempus lapsum est ex die contractus, vt vocant, immemoriale. Tunc enim omnis solennitas extrinseca, & consensus superioris præsumitur interuenisse, ex tanti temporis lapsu, vt declarat Crauetta *de antiqu. tempor in 3. parte prin. sp. in princip. num. 14* & idem responderunt Ruinus *in consil 105. num. 5. libr. 1.* Decius *in cons. 85. column. 2.* Curt. Iunior *in consil. 138. num. 12.* Menochius *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 132. num 71.*

Huic sententiæ adstipulantur, quæ de lapsu tanti temporis, quod memoriam hominum excedit, passim Doctores tradunt, quod habeat † vim priuilegii,
29 *c. super quibusdam. §. præterea de verb. sign* latissime Ant. Gabr. *libr. 5. commun. conclus tit. de præscr. conclus. 1. in princip.* quod habeat vim tituli *l. hoc iure. § ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æst.* Gabriel. *vbi supra. num 44.* quod per eam dominium directum acquiratur, Gabr. *vbi supr. num 66.* quod pro veritate habeatur, *idem ibi nu. 73.* Hæc de secundo articulo.

Quod attinet ad tertium, dato quod ecclesia P. fundatam intentionem haberet ex allegatis argumentis: Vtrum nihilominus repelli possit exceptione præscriptionis centum & amplius annorum, qui lapsi sunt ex eo tempore, quo prædia fuerunt ab ecclesia concessa nobilibus, qui postea nunquam Dominii eadem in emphyteusin aliis cōcesserunt, vt patet ex literis A. & B. præsupponendo eos & eorum successores semper in quieta & pacifica possessione sine interruptione fuisse, exigēdi rationem dictorum prædiorum in emphyteusin concessorum iuxta conuentionem initam, ab anno videlicet 1410. vsque ad anno 1585.

Videbatur prima facie respondendum dictam exceptionem præscriptionis Ecclesiæ P. non obstare,
30 quoniam ecclesia læsa restituitur aduersus † præscriptionem etiam centum annorum, secundum communem Doctorum sententiam, ex capite ignorantiæ, argumento sumpto ex *c. 1. de in integr. restit. & ex auth.* Roman. *cons. 123. num 3.* Iason *in auth. quas actiones. num 35 C. de Sacrosanct. Eccles.* Decius *in cons. 375. num. 5.* Pinellus *in Auth. nisi. num. 58. C de bonis mater.* Abbas *in cons. 31 lib. 1.* Felin. *in cap. 1. num. 8. de præscript.* Couarr. *in c. alma mater. §. 3. num. 4. de sentent. excommun. in 6.* Balb. *de præscript. 1 parte. quinta partis princip. q. 2.* & multi alii, quos refert & sequitur Oddus *de restit. in integr qu 90. articul. 7.*

Nec videbatur obstare si diceretur, ad petendam in integrum restitutionem tempus quadriennii constitutum esse, quo elapso ecclesia non debet audiri, *cap. 1. & 2. de in integrum restitut. in 6. clem. 1. eod tit.* quo-
31 niam respondetur † eiusmodi quadriennium non incipere, nisi ex die scientiæ, hoc est, ex eo die, quo ecclesia scuit se læsam esse, quæ quidem scientia non præsumitur regulariter, sed potius ignorantia in facto alieno, quale est, quod nobiles illi in emphyteusin prædia dederint, & continue possederint [illegible] interruptione, *c. præsumitur ignorantia. de reg. iur lib. 6. l. verius ff. de probat.* cum aliis à Mascardo citatis *de probationibus vol 2. conclus. 879.*

Quod [illegible] item dictum tempus quadriennii [illegible] tendum in integrum restitutionem non currat, nisi à die scientiæ, communis est omnium sententia, [illegible] nim omnium primus docuit Baldus *in l fa[illegible] num 3. C. si ex fals. instrum.* Castrens. *in l. vlt. Cod. de dolo.* [illegible] *in auth. quas action s. num. 35. C de Sacrosanct. eccl.* Abbas *in cap. 1 num. 2. & 3* Felin. *numer. 9. de præscript* [illegible] plurimos adducit Oddus *dict. tract. de restitut in [illegible] quæst. 10 art. 4.* vbi [illegible] sententia Baldi, Rebuffi, Gomezii, [illegible] Alexandri [illegible], quod etiam centum anni & vltra essent [illegible] a die læsionis, nihilominus quadriennium hoc non currere, nisi à die scientiæ [illegible] defficiūt, in [illegible], qui idem dixerunt de mille annis, nempe Crotus, Alexand. & Ferrarius quos ibi refert *num. 40.*

Quinimo, si læsio ecclesiæ sit enormissima etiam post quadriennium concedi debet in integrum restitutio, secundum Gloss. communiter receptam *in d. c. 1. in fine. de in integr. restit lib. 6.* Oddus late auctores citans *d. tract. quæst. 19. artic. 7.*

Quibus tamen non obstantibus contrarium deciditur, nempe dictam exceptionem præscriptionis obstare P. ecclesiæ. Nam possessor eam opponere potest † aduersus ecclesiam agentem ad actionem [illegible] 32 excludendam. Est enim hæc præscriptio non solum 40. sed centum & amplius annorum, *l. omnes. l. [illegible] C. de præscrip. 30. vel 40 annor. c. ad aures de præscript [illegible] quadragenalis præscriptio omnem prorsus actionem excludit.* late Balbus *de præscript. prima parte princ. [illegible]*

Et [illegible] requiratur [illegible] Canonistarum, tamen illa præsumitur, præsertim ex cursu [illegible] temporis, *Gl. ff. [illegible] in verbo, bona fi [illegible] de præscript.* Bart. *in l. [illegible] ff. de vsucap* Alexand. *in cons. 210. col. [illegible] libr. [illegible]* Decius *in l. pactum quod bona fide. num. [illegible] C. de pact. & in cons. [illegible]* 33
Et si possideat quis per decennium, præsumitur bonæ fidei, etiam si contra ius possideat. Abbas & Felin. *in c. si diligenti num. 3. de præscript.* Alexand. *in consil. 69. col. 2. lib. 5* Decius *in cons. 267 col pen.* & vbi lapsi sunt triginta anni res nullam habet dubitationem *argum. l. 3 § si seruus ff. de acqu. poss* Alexan. *in cons. [illegible] col. [illegible] l. b. 3.* Paris. *cons. 11 nu. 60 lib. 1* late Alban. *in consil 28 nu. 2.* latissime Cephal. *in cons. 316. nu 45. & seq. lib. 3.*

Et cum hæc sit præscriptio temporis immemorialis, nulla prorsus dubitatio esse potest, quin locū habeat, cum non sit necesse bonam fidem probare, sed sufficiat illam allegare, quia præsumitur, vt [illegible] latius multis Doctoribus probat Gabriel. *lib 5. commun. conclus titul. de præscript. conclus. 1. num 58.* & per [illegible] præscriptionem vetustissimam, præsumitur etiam ea † quæ seruata sunt Principi, *c. super quibusdam. § præterea. de verb. signif.* Habet enim præscriptio tanti temporis vim pacti vel priuilegii *l. hoc iure. § ductus aquæ ff. de aqua quo. tid. & æst. l. 2 ff. de aqua plu. arcend. l. vlt. C noua vectig. inst. non poss.* Natta *in cons. 72 nu. 22. lib. 4.* Andr. Gail. *lib. 1. obser cap. 21 num 16.* & superius [illegible] ex Anton. Gabr. latissime id confirmante *libr 5 commun. conclus. titul. de præscript conclus. 1.* & post eum latius id probat Mascard. *de probationib. vol. 3 conclus. 1214. nu. 43 & num. 50. 51. 52 53.* 34

Et quo-

Et quoniam ad præscriptionem requiritur possessio, illa probatur in casu nostro ex cócessione in emphyteusin facta, vt in literis A. & B. simul cum rece-
35 ptione † Canonis emphyteutici, quam in facto præsupponimus factam esse, ac verisimiliter probari posse pro parte nobilium *l. qui vniuersas. § quod per colonū.* & ibi Bartol. notat *ff. de acquir. poss. ff. & in l. quamuis. §. 1. ff. eod. titul.* & est communis opinio secundum Aretinum *in dict. §. quod per colonum.* Ruinus *in consil. 14. nu. 5. libr. 4.* late alios citans Mascardus *de probationibus. volum. 3. conclus. 1180. nu. 1. & 6.* Præsertim quia sufficeret nobilibus pbare in principio concessionis in em-
36 phyteusin factæ, & iam hoc tempore † solutū fuisse illis canoné emphyteuticum, probatis enim his duobus extremis, præsumerentur media, h. e. etiam medio tempore solutionem factam fuisse, secundum Gl. *in c. volumus. 16 q. 4. in ver. inconcussam* facit text. *in l. siue possidetis. C. de prob.* Ruin. ad rem *in consil. 14. n. 5. libr. 4.* & hanc omnium fere sententiā esse scribit adductis authoritatibus Tiraquel. *de præscript. Gl. ff. 5. ver. continuos. vers. sed tu quid. & vers. sequentib.*

Non obstant argumenta in contrariū allata Nam quod attinet ad primum, multis modis respondeti potest. Primo nō esse certam, imo valde dubiam eorum opinionem, qui dixerunt in integrum restitutionē concedi posse ex capite ignorantiæ aduersus præscriptionem temporis immemorialis: nam præterquam ꝙ iure non probatur illa sentētia, multi etiam contrarium docuerunt à Mascar. citati *de probat. vol. 3. concl. 1214. num. 52* quibus adstipulantur quæ tradi solent de vi & efficacia huius præscriptionis immemorialis, nimirum eam habere vim tituli & priuilegii, & pro lege & veritate haberi, vt late ibi Mascard. prosequitur.

Secundo respondetur, vbi lapsum est longissimum
37 tempus, scientiam præsumi, licet † alias ignorantia præsumatur, vt tradit Salyc. *in l. auth. si autem. vers. quaero de quæstione facti Cod. vnde vi.* quem refert & sequitur Dec. *in consi. 185. num. 12. vers. nec obstat.* Crauet. *de antiqu. temp. 4. p. in c. 3. incipien. absolutus diff. rentia nu. 15.* Masc. *de probat. vol. 3. concl. 1214. nu. 44* & alii quos citat Gabr. *loco proxime citato. num. 62.*

Tertio respondetur lapsum esse quadriennium,
38 quod præfixum est † ad petendam in integrum restitutionem, etiam ecclesiæ *c. 1. & 2. de in integr. rest. libr. 6. clem. 1. eod. tit.*

Nec obstat id quod dicebatur quadrienniū illud nō incipere, nisi ex die scientiæ Quia primo responderi potest, id iure nó probari, est enim illud tempus quadriennii continuum, vt dicunt Canones allegati. Secundo dato ꝙ non incipiat, nisi à die scientiæ, tamen hoc nō intelligitur, vsq; in infinitum, sed p certum tempus nempe 30 annor lapsum excluditur ius istud petendi in integrum restitutionem ex capite ignorantiæ, sicut tanto tempore omni iuri & actioni præscribitur. *l. omnes l. sicut. C. de præscrip. long. tempor. 30. vel 40 ann.* ita Corneus *in consil. 244. n. 3. lib. 4.* Soc. Iun. *in cons. 22. num. 27. lib. 1.* qui dicit ad summum quadraginta annis finiri debere hoc tempus, etiam in casu ignorantiæ, ne immortale fiat, qui proculdubio in casu nostro lapsi sunt. Couarru. *in c. alma mater. in 3. parte. §. 3. in fi. e de sententia excommunic. in 6.* vbi dicit triginta annorum spacio tolli hoc ius petendi restitutionem in integrum, etiam ignoranti.

Tertio respondetur hanc ignorantiæ allegationem locum non habere in præscriptione temporis immemorialis, vt in casu nostro, tum quia illa habet multa specialia, vt dictum est sæpius, tum quia tanto tempore scientia præsumitur, vt iam dictum est.

Postremo respondetur in hac specie nostra, ignorantiam Capituli P. probabilem non esse, quoniam ipsius facto & concessione prædia ad nobiles peruenerunt. Et ista ecclesia à possessoribus prædiorum singulo anno censum percepit, vt merito sciuerit aut scire potuerit, prædia ab eis possessa esse, & quando ignorantia probabilis † non est, tunc illa non pro- 39
dest, ad hoc, vt tempus quadriennii non currat ad petendum in integrum restitutionem, Decius *in consil. 436. num. 9. & 564. in fine.* Socinus Iunior *in consil. 128. num. 156. lib. 1* Oddus in terminis alios citans *de restit. in integr. quæst. 20. artic. 4. num. 45.* quibus adstipulatur text. *in l. nec supina. ff. de iur. & fact. ignor.* & aliæ leges ab eo citatæ *loco annotato.*

Non obstat vltimum argumentum quo dicebatur etiam post lapsum quadriennii restitutionem ecclesiæ † concedi, quando enormissima adest læsio. 40
Quia primo illa sententia iure non probatur & repugnat textus *in dict. capit. 1. de restitut. in integr. libr. 6.* Deinde hic non versamur in læsione enormissima, quando scilic. eminentissimum fuit damnum ipsius ecclesiæ, vt loquitur Gloss. *in dict. cap. 1.* Neq; enim ecclesia P. satis diues, & florens ex amissione duorum prædiorum, ex quibus etiam annuatim multa percipit emolumēta, tale damnum nobis pati videtur enormissimum, siue vt loquitur Glossa eminentissimum.

His igitur ita discussis, non erit difficile iam intelligere, vtrum ecclesia P. aliquod ius ad dicta prædia habere videatur. tum in possessorio, tum in petitorio. Et vt à possessorio incipiamus † iuxta ordinem 41
iuris. *l. ordinarii iuris. Cod. de rei vind. l. incerti. C. de interd.* dicimus illam non videri nobis ius aliquod habere in dicto possessorio. Nam illud est triplex vt notum est ex ipsis iuris institutionibus retinendę, adipiscendæ, & recuperandæ, sed in nullo ex dictis tribus interdictis ius habere videtur, ergo. &c.

Nam quod attinet ad possessorium retinēdæ illud competit ei qui possidet. *l. 1. ff. vti possidetis.* Menochius copiose *de retinen. poss. remed. 1. quæst. 1. & 2.* At ecclesia P. iam non possidet prædia, de quibus agitur sed alii possident, vt ex facto præsupponitur: Ergo retinendæ possessionis interdictum illi competere non potest.

Quod ad interdictum adipiscēdæ nec illud habere potest ecclesia P. quia sine dubio illa aliquando possedit hæc prædia, antequam scilic. ea concederet nobilibus per contractum, de quo in literis appare. Ergo non habet interdictum adipiscendæ, quoniam illud competit † iis, qui ante non sunt nacti possessio- 42
nem, vt inquit textus *in l. 2. § adipiscendæ. ff de interdict.* Imperator *in §. adipiscendæ. in Institut. eod. tit.* late Maranta *in praxi iudiciorum. 4. parte principali. distinct. 7. numer. 6.* qui propterea dicit consilium esse reo prodituum, ad excludendum actorem ab hoc remedio, vt probet actorem aliquando possedisse idem tradit Menochius *de adipiscend. poss. remedio 1. numero 19*

Interdictum autem recuperandæ † illi competit 43
qui sine facto & causa sua possessione priuatus & spoliatus est, quod si proprio facto & contractu possessionem in alium transtulerit, nullo modo ei competere potest. Rota Romana *decis. 1. de rerum permutatione in nouis.* Alexander *consil. 92. libr. 1.* Decius *in consil. 5. nu. 2.* Cassiodor. *decis. 4. num. 6. de restit spoliator.* & multi alii quos commemorat Anton. Gabr. *libr. 5. commun.*

sen. n.

sententiar. tit. de restit. spoliatorum. conclus. 5. nu. 26. & nu. 33. latissime iuribus & auctoritatibus adductis Menoch. *de recuper. possess. remed 15. nu. 95.*

Cum igitur ecclesia P. ex contractu ipso censuali possessionem amiserit, eamq; in alium transtulerit, prædiorum, de quibus agitur, vt ex literis ad nos trāsmissis colligitur; sequitur eidem recuperādæ possessionis interdictum non competere. Et sic non posse interdicto aliquo possessorio ad dicta prædia obtinenda iuuari. Sicut etiam recte in Burgusiano Regimine iudicatum fuisse acta ad nos missa indicare videntur.

Sed nec petitorio etiam scil. actione in rem experiri potest, quoniam certum est, eam actionem dari illi qui dominium habet. *§. omnium. in inst. de act. l. si in rem. & toto fere tit. ff. de rei vind.* Dominium autem ecclesia non habet dictorum prædiorum: ergo ea vindicare non potest, in rem actione proposita.

Nam aut dominium deducet, & se habuisse profitebitur antequam prædia in alios transferret, aut dicet se dominium retinuisse per ipsum contractum, per quem dicta prædia in alios transtulit.

Si primum allegabit, vt maxime illud probet, obstabit tamen illi contractus censualis, per quem dominium in alios transtulit, reseruato sibi annuo censu, vt supra deduximus. Item obstabit exceptio præscriptionis centum & amplius annorum, quæ ad omnem actionem perimendam & excludendam, quanti sit momenti, patet ex allegatis superius.

Si alterum caput allegabit, nempe se retinuisse dominium, nec illud in alios transtulisse, per contractum, debebit ostendere contractum fuisse emphyteuticum, non autem censualem. Quod nec ex literis ostendere poterit, nec ex aliis probationibus, de quibus in actis ad nos transmissis. Quod si iuris præsumptione nitetur, nempe contractum in dubio præsumi emphyteuticum, habebit contra se iuris regulam, quæ dicit, in stipulationibus & pactionibus verba contra stipulatorem & paciscentem accipienda, in cuius potestate erat legem apertius dicere. Habebit præterea communiorem Doctorum sententiam sibi aduersantem, qui tradunt, contractum in dubio potius præsumi censualem, quam emphyteuticum. Et denique; semper obstabit longissima illa temporis immemorialis præscriptio.

Quare ex prædictis concludimus, Reuerendissimum Capitulum non habere aliquo modo fundatam intentionem, neque in petitorio, neque in possessorio: & ideo dicta prædia vindicare non posse.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustribus Baronibus de S.

ARGVMENTVM CONSILII XXXI.

De pacto inito super feudo nondum vacante, an valeat? an paciscentes ob id priuentur eius successione, & ad quos deuoluatur.

SVMMARIA.

1 *Pactum de hereditate viuentis non valet.*
2 *Exspectare mortem liberi hominis, nec ciuile, nec naturale est.*
3 *Nec iuramento firmatur.*
4 *Et qui paciscitur de hereditate viuentis indignus efficitur.*
5 *Vbi est eadem ratio, ibi est idem ius.*
6 *In causis feudalibus ius commune quando seruetur.*
7 *L. vlt. C. de pactis. locum habet etiam in feudis.*
8 *Pactum de hereditate viuentis, repugnat iuri diuino.*
9 *Consuetudo rationabilis vel irrationabilis quæ.*
10 *Quod fieri non potest pacto, quia contra bonos mores, illud nec statuto fieri potest.*
11 *Consuetudo non valet. quod hereditas pactis detur.*
12 *Delictum patris quando filiis noceat in feudis.*
13 *Extensio in odiosis non fit.*
14 *Ratio l. 1. C. de secund. nupt.*
15 *Ex actu nullo, nulla pœna sequitur.*
16 *Pactum quo hereditas datur, non valet.*
17 *Fallit inter personas egregias.*
18 *Ius commune seruatur in feudis, vbi contrarium non disponitur in consuet. feud.*

Christi Redemptoris nostri subsidio implorato.

DE proposita facti specie, non ita pridem interrogati, respondimus, D. L. qui pactum fecit cū fratre suo I. de bonis feudalibus L. senioris, tunc viuentis, & ignorantis, amisisse ius suum, licet alioqui nunquam proximior dicto L. successisset, & ideo feudalia bona ad alios agnatos pertinere, videl. ad filios D. L. G. & filios I. L. videl. iuniorem B. & G. I. nec non A. & L. C. filios H. qui omnes in octauo eodemq; gradu sunt defuncti. de cuius successione agitur. Post responsum autem redditum, rogati fuimus, vt rationes & argumenta huius nostræ sententiæ pleno consilio & responso deduceremus, q. pro munere nostro recusare non potuimus. Quare vt ea, qua decet diligentia id deinde exsequamur, totā consultationem in tria capita diuidendam putauimus. Primum caput argumenta & rationes continebit, quib. moti fuimus ad respondendum L. paciscētem cum fratre suo I. de bonis feudalibus alterius L. viuentis & ignorantis, omni iure suo cecidisse, tāquam indignum effectum ob pactionem illam de feudo viuentis initam. Secundum caput argumenta continebit quibus adducti sumus ad respondendum L. paciscente iam excluso, feudalia bona pertinere ad supradictos filios paciscentium in eodem gradu existētes, de quibus supra mentionem fecimus, nempe L. B. G. I. A. L. C. agnatos dicti L. illius, quo viuente initæ sunt pactiones supradictæ. Tertium vero caput argumenta cōfutabit, quæ contra conclusionem, tam primi, quam secundi capitis adduci possunt, & dubiam prima fronte consultationem ac responsum nostrum reddere videntur.

Quod attinet ad primum; præmunitionis loco præmittimus, ita constitutum esse iure ciuili, vt nemo paciscatur† de viuentis hereditate, nisi eo sciente 1 & consentiente, & in eo consensu vsq; ad mortem perseuerante, de cuius bonis & hereditate fiunt pactiones, sunt enim odiosæ huiusmodi pactiones, plenæ tristissimi & periculosi euentus, & contra bonos mores. *l. vlt. C. de pact.* Ratio est, quia inducunt votum captandæ mortis. *c. detestanda c. ne captandas. de preben. lib. 6.* Improbus enim existimatur is, qui sollicitus est de viuentis hereditate *l. 2. § interdum. ff. de vulg.* Expectare enim mortem liberi hominis, neq; ciuile† neque 2 naturale est. *l. inter stipulantem. § sacram. ff. de verb. oblig.* Quamobrem huiusmodi pacta occasionem afferre peccau-

peccandi post alios dixit Vasq. *de successionum progressu. lib. 3. §. 18. n. 11* & peccati esse nutritiuam Salyc. dicebat *in l. pactum quod dotal. C. de pact.* Alex. *consil. 28. col. 3. lib. 3* Socin. Iun. *cons. 44. post nu. 39. libr. 2.* Cacher. *decis. Pedem. 100. nu. 3.* Hippol. Rimin. *cons. 164. n. 41.* Ideoq;
3 nec † iuramento firmari quam plurimi asseruerunt, Glos. *in l. pactum quod dotali. C. de pact.* & ibidem Bartol. Idem Bart. *in l. vlt. C. eod. in l. si quis pro eo. ff. de fideiussor. & in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. & in cons. 8. n. 2 & cons. 212.* Angel. & Salycet. Castrens. & Iason *in d. l. pactum quod dotali.* Guilielm. de Benedict. *in c. Raynutius. in verb. duas habens filias. nu. 19. de testam.* Alexand. *in cons. 28 lib. 3.* Socin. Sen. *cons. 73 libr. 3.* Socin. Iun. *consil. 44. n. 13. lib. 2.* Decius *cons. 31. n. 4. libr. 3. in fine 184. nu. 7. & 225. n. 3. 4. & 236. n. 14.* Capella Tholosana *decis. 451.* Curt. Iun. *cons. 15. nu. 2. & 22. nu. 5.* Tiraquel. *de iure primogen. quæst. 6. num. 18.* Alciatus *in d. l. stipulatio hoc modo concepta.* Zasius *cons. 1. n. 18 lib. 2.* Boetius *decis. 104 nu. 8.* Paris. *cons. 14. nu. 55. lib. 2.* Cacheran. *decis. Pedemon. 100.* Couar. *in 2. parte relect. in initio. nu. 2. e. 1c quamuis. de pact. nu. 6.* Andr. Geil. *libr. 2. obseru. 1 6* Hieron. Gabr. *consil. 137. nu. 25. 26.* Vinius *commun. opin. ver. pactum.* Ioann. Petr. Surd *cons. 133. nu. 9.* Simon Prætus *cons. 123. nu. 15.* Celsus Vgo *cons. 100. nu. 9.*

Secundo præmittimus paciscentes huiusmodi de viuentis hereditate contra bonos mores, indignos se
4 reddere eiusmodi † hereditate, atq; adeo eos succedere non posse, *l. quidem. §. 1. ff. de donat.* vbi Papinian. ita dicit: *Donationem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viuentis nullam fuisse constabat, verum ei qui donauit ei postea iure prætorio successit, quoniam aduersus bonos mores & ius gentium festinasset actiones hereditarias in totum denegandas respondi. l. 2. in fine. ff. de his quib. vt indignis.* In illis verbis: *Idem erit si quis viui ignorantis bona, vel partem bonorum alicuius cognati donauerit: Nam quasi indigno aufertur.*

Et hæc est communis omnium sententia & interpretatio, quod scilic. paciscentes de viuentis hereditate efficiantur indigni, vt proinde non possint succedere, ita enim dictarunt *in d. l. vlt. C. de pact.* Gloss. ibi *in verb. obseruari* Bartol. *num. 1.* Paulus Castr. *ibi. num. 5. 6.* Alexander dum simpliciter cum Gloss. & similiter Iason *num. 7.* & Decius *sub num. 15* Cagnolus alios citans *num. 43.* Alciatus *num. 16* Egidius Bossius *titul. de indignis. num. 2* Peregrinus *de priuileg. fisci lib. 7. tit. 10. n. 4.* Menoch. *consil. 43. lib. 5.* Socinus Senior qui & consilium adfert de euadenda hac pœna. *consil. 84. num. 3. versic. 4.*

Istis ita se habentibus iam difficultas hæc est in casu nostro, an quod constitutum est in paciscentibus de hereditate viuentis, iuxta iam dicta & deducta, locum habeat in feudis, ita vt paciscentes de feudis alicuius vasalli viuentis & ignorantis, eisdem legibus teneantur, & consequenter pactiones nullius sint momenti, & paciscentes indigni efficiantur successione huiusmodi feudaliū bonorum, si post mortem vasalli eadem bona ipsis deferantur paciscentibus.

Dicimus itaq; idem seruandum esse in bonis feudalibus, quod in bonis allodialibus, iure cōstitutum est *in d. l. vlt. C. de pactis. & aliis similibus supra commemoratis.*

Ita vero existimamus iuri & rationi cōsentaneum esse sequentibus argumentis.

5 Primo, quia † vbi est eadem ratio, ibi idem ius esse debet, *l. illud. ff. de leg. Aquil. c. translatio. de constitut. l. non possunt. ff. de leg. l. à Titio. ff. de verb. obl.* Euerar. *in locis legalib. loco à simili.* Hinc dicebat Bald. *in auth. quas actiones. C. de Sacrosan. eccles.* Sicut genus prædicatur de qualibet sua specie, ita ratio legis generalis comprehendit omnes casus sub ea contentos, *l. regula. §. si quis.* & ibi Bart. notat *ff. de iur. & fact. ignor.* & dicebant Petrus & Cynus *in l. iura non in singulas. ff. de legib.* quando in pluribus casibus est vna & eadem ratio, numero ille decidit omnes casus, non per extensionem, sed sicut genus quod prædicatur de singulis suis speciebus, & demiq; dixit Gloss. *in capit. 1. in verbo Italiæ. de tempor. ordin. libr. 6.* quod vbi est omnino eadem ratio in vno casu quæ est in altero, non dicitur extensio, sed dispositio, late Fel. *in cap. tua nos. de iureiur.* Curtius Sen. *consil. 9.* Socin. Senior *consil. 30 lib. 1.* Ripa *ad l. constante. num. 64. ff. solut. matr.*

Sed eadem ratio legis ob quam ita dispositum est, in paciscentibus de hereditate viuentis locum habet etiam in paciscentibus de bonis feudalibus vasalli viuentis: Ergo eadem etiam legis dispositio locum sibi vendicare debet.

Assumptio probatur, nam ratio legis est, quia talia pacta sunt contra bonos mores plenaq; tristissimi & periculosi euentus, inducunt votum mortis captandæ, & ostendunt paciscentes sollicitos esse de viuentis hereditate & bonis, vt superius deduximus *ex dict. l. vlt. C. de pact. & ex aliis legibus.* Hæc ratio sine dubio locum habet etiam in iis, qui paciscuntur de bonis feudalibus vasalli viuentis & ignorantis, neq; consentientis, apparet enim paciscentes esse sollicitos de bonis ipsius adhuc viuentis, & exspectare mortem eius, eamq; expetere contra bonos mores, vt bona consequantur, quæ res odiosa est, & plena tristissimi & periculosissimi euentus, ac proinde legibus reprobata est, sub pœnis iam dictis.

Secundum argumentum est, quia etiam in causis feudalibus legum Rom. non est vilis † authoritas, li- 6
cet non vsq; adeo vim suam extendant, vt vsum vincant aut mores, & ideo strenuus iurisperitus, sicubi casus emerserit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus absq; calumnia vti poterit lege scripta. tex. *in c. 1. de feud. cogn.* & ibi notat Baldus, Isernia, Aluarot. Afflict. & cæteri feudistæ & nouissime, *ibidem* Cuiac. multis exemplis rem istam declarans. Alexand. *consil. 7. num. 9. libr. 5.*

Sed nulla est feudalis consuetudo in vsibus feudi, atq; adeo in libris feudorum, quæ contrarium disponat circa paciscentes de feudo viuentis absque eius consensu & scientia: ergo etiam in feudis seruandæ erunt leges scriptæ, quibus constitutum est paciscentes indignos esse successione eiusmodi, & pacta nullius esse momenti.

Tertium arg. est quia hæc videtur esse communis Dd. interpretatio & † sententia, quod *l. vlt. C. de pact.* 7
& similes. locum habeant etiā in feudis. Quod vt planum fiat, obseruandum est in lib. feudorum, quęstionem hanc propositam esse, vtrum Dn. liceat feudum vasalli viuentis alteri post mortem suam concedere: & licet Placentini contenderent, non licere, nisi eo consentiente qui tenet feudū. Mediolanenses tamen & Cremonenses nihil distare dixerunt, vtrū eo sciente vel ignorante concessum sit, dummodo nullū vasallus viuens sentiat detrimentum. *vt in c. si quis decesserit. de feudo dato in vicem legis commissoria.* Idem clarius habetur *in c. 1. § moribus. tit. si de feudo defuncti cō̄tentio sit inter Dom. & agn. vasalli.* vbi expresse dicitur cōsensum vasalli viuentis exquiri non oportere. Doctores itaq; dum hæc loca explicant, disputant diligenter quę sit iure verior sententia, Placentinorum an Mediolanensium, & in varias quidem sentētias distrahuntur,

Q sed

sed hoc omnes præsupponunt pactiones istas esse contra bonos mores, *iuxta l. vlt. Cod. de pact.* & ideo vel non esse recipiendas, vel recipiendas esse & valere, quoties incertæ personæ feudum est concessum, non autem alicuius certi hominis viuentis, vel si valeant, & recipiendæ sint, id locum habere in eo casu, quo textus feudales loquuntur, nimirum, quando cõcessio facta est à Principe & Dn. feudi, disponente de iure suo, in eum casum, quo ad illũ fuerit deuolutum, secus autem dicendum in aliis personis semper adserentes in hoc proposito *l. vlt. C. de pact.* & similes leges ex quibus apparet eos existimasse *d. l. vlt.* locum habere etiam in pactis bonorum feudalium exceptis illis casibus, qui expresse aliter decisi sunt in vsib. feudorum, nam si *d. l. vlt. C de pact. & alia similes.* nõ haberent locum in pactis quæ fiunt super feudis, nulla erat opus disputatione, nulli locus fuerat dubitationi.

Exordiamur ab Isernia, is *in c. 1 de feudo dato in vicem legis commissor.* ita dicit: Sed si esset pactum alias, non prædicto modo, de futura successione, non valet, nisi & tunc consentiat is, de cuius hereditate agitur, & perseueret, donec viuit, in ea voluntate. *C. de pact. l. fin.* & idem Isernia in *dict. c. 1. § moribus.* In hac inuestitura facta per laicum, non refert consentire tenens, non esse quod iure suo nõ præiudicet eo, quod Dominus non dat ius tenentis, sed ius futurum suum, quando sibi aperietur, secus quãdo fit pactum de futura successione, quoniam oportet illum consentire de cuius successione agitur. *C. de pact. l. fi.* & quod dicit moribus, videtur dicendum, scil. prauis, & sic non debet seruari talis mos, per quem captatur mors & tristissimos solet parere euentus: idcirco ipse idem qui fecit, posset reuocare, nec habet locum nisi in Principe, sicut concessio vaccaturarum soli Papæ. &c.

Et Baldus *in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis commiss.* disputans quę sit verior sententia, Placentinorum an Mediolanensium, post argumenta hinc inde allata concludit, veriorem esse opinionem Mediolanensium, ea ratione, quod non sit pactum de futura successione viuentis, quod iure reprobatum esse dicit, ita vt ipsa paciens indignus reputetur successione. *vt not. in l. fin. C de pact.* sed est quoddam pactum, inquit, collatum in defectum iuris tertii, quod habet in se iuris ordinem. & est de iure validum, & idem repetit *in c. 1. § moribus. si de feudo defuncti fuerit cõtrouersia inter Dom. & agn.* vtrobi præsupponens *l. fin. C de pact. & alias leges sim.* locum habere etiam in feudis, sed ideo in casu nostro locum non habere, quo Dn. feudum concessit, quia pactum nõ fit de hereditate viuentis de iure Domini, quod mortuo vasallo ad eum reuertitur.

Iacobinus à S. Georgio *in inuestitura feudali in verbo, in aliuitate n. post nu. 1 1.* idem præsupponit, ita concludens: Poteris aliter dicere concordando opiniones prædictas, vt scil. opinio Mediolanensium & Cremonensium procedat, quando non conceditur feudum certæ personæ, sed concessio fit certæ personæ, puta quia Dominus dixit hoc modo. Inuestio te de primo feudo, quod mihi Domino aperietur. *argu. l. 3. § de illo. ff. pro socio.* hoc enim casu cessat ratio *l. fin. C. de pact.* Opinio vero Placentinorum procedat, quando Dominus inuestit aliquem de feudo certæ personę, nam tunc militat ratio illa, scil. timor insidiarum: & hoc est de mente D. Martini Laudensis. *d. c. 2.*

Idem præsupponunt omnes alii Feudistæ Aluarotus, Ardizon. Alexandr. & alii *in d. § moribus. & in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis commissoria.* vbi latissime Afflict. & idem *decis. 191.* vbi refert ea, quæ ex Isernia & Iacobino supra retulimus, idem præsupponit Zas. *de feud. part. 6. n. 19. 20.* licet dicat in feudis consuetudinem recepisse, vt valeat cõcessio feudi à Dn. facta viuente vasallo & approbante, sed nemo dilucidius & ad rem nostram magis accõmodate respondit, quam Soc. Sen. *in cons. 73. n. 3. lib. 3* vbi loquens de pacto quo continebatur renunciatio iuris feudalis viuentis, dicit illud non valere eo nõ consentiente, ne inducatur votum captandæ mortis, *iuxt. l. fin. C de pact.* & cõcordantes: & dicit hanc sententiam esse communiter receptam, & ex mente Andr. Isern. Aluar. & aliorum *in c. 1. qui success. teneantur. & in § moribus. si de feudo sit controuersia. & in c. 2. de feudo dato in vicem legis commiss.* dum volunt, quod iure consuetudinario procedat, quod Dn. feudi possit inuestire alium vasallum, quãdo res ad eum reuertatur, & sic non solum in casu mortis, verum ẽt in casu caducitatis quomodocunque: si ergo eo casu ex iure consuetudinario admittitur talis contractus, per quẽ inducitur votũ captandæ mortis contra bonos mores, talis cõsuetudo, tanquã odiosa, nõ est extendenda, vt in terminis dicunt Dd. *in c. 1. qui success. in feud. teneantur.* & quando fit pactum non in casu caducitatis, sed quando post mortẽ ad paciscentes est peruenturum, nulla inquit reperitur cõsuetudo, igitur stat firma regula iuris communis.

Etenim dictæ consuetudines non debent extendi vltra casum in eis expressum, & tandem subdit, vnde cum iste casus de quo agitur sit decisus per rationem *l. fin.* & non reperiatur consuetudo feudorum in contrarium, sequitur quod stat firma dispositio iuris communis. Hactenus Socinus.

Sed præter Socin. idem late respondit in terminis nostris Hieronym. Schurph. *inter consilia Modestini Pistoris consil. 8 lib. 1.*

Quartum argumẽtum est, quia si lex vlt. de pactis & aliæ similes locum non haberent in feudalibus rebus, illud esset eam ob causam, quod consuetudo & vsus feudorum contrarium † disponeret, sed prætere- 8
quamquam talis vsus nullibi extat in lib. feudorum quos habemus, vt iam superius diximus, accedit alia ratio, quod nec si talis vsus extaret valere posset, quia pacta huiusmodi repugnãt iuri diuino, propter votum captandæ mortis. Item iuri gentium, vt probat text. *in l. quidam. § 1 ff. de don.* vbi aduersus bonos mores & ius gentium: & iuri naturali quo iubemur non desiderare mortem alterius. Etsi enim grauis sit disputatio, an consuetudo contra ius scriptum valeat aliquibus valere affirmantib. *l. de quibus. ff. de legib.* aliquibus id negantibus. *l. 2. C. quæ sit longa consuetudo.* inter omnes tamen constat, vt valeat talis consuetudo, necesse esse, vt sit rationabilis & legitime præscripta, ita enim docet Gregorius Nonus *in c. vlt. de consuet.* & ratio est manifesta, quia consuetudo est quædam lex tacita, siue non scripta. *l. fin. ff. de iur. nat. gent. & ciuil. § ex non scripto.* lex autem debet esse iusta, honesta, possibilis, &c. *c. erit autem lex 4 dist.* & ideo si iuri naturali sit contraria, dicitur potius corruptela. *d. c. vlt. de consuet.* & licet quæ dicatur esse consuetudo rationabilis vel irrationabilis † non sit aliqua lege definitum, & ideo 9
iudicis arbitrio commissum intelligatur, vt declarat Menoch. *de arbitr. iudic. cas. 82.* tamen inter omnes constat irrationabilem esse consuetudinem, quæ contra legem est, vt probat text. *in c. 3. de eo qui mittitur in poss. causa rei seruandæ.* Decius *in c. 2. num 8 de probat.* & ideo tunc ad iudicis arbitrium non recurri, inquit Menoch. *vbi supr. num. 4.* Rursus inter omnes constat, irrationabilem esse consuetudinem, quæ peccatum nutrit, vel præstat occasionem delinquendi, Dd. *in d. c. 2. n. 9 de prob.* Paris. *cons. 27 lib. 1.* Menoch. *vbi sup. ad fin.*

Consue-

Consuetudo autem quod talia pacta de bonis viuentis valeant contra legem, pugnat contra rationem: & occasionem peccandi adfert vt patet: ergo irrationalis est, & per consequens non valet.

Huc accedat, quod tradit Bart. *in l. omnes populi. nu. 26. ff. de iust. & iure.* id quod† nō potest fieri pacto, quia contra bonos mores sit, nec statuto fieri posse, consequenter nec cōsuetudine. Quamobrem communis est sententia consuetudine vel statuto fieri non posse,
11 vt pacto hereditas dari possit, quia id est † contra bonos mores, cum auferat liberam testandi facultatem: ergo & in proposito nostro consuetudo non valebit, quod pactum fieri possit, quo de agitur, quoniam sit contra bonos mores, quod diximus consuetudinem non valere, q pacto hereditas dari possit, quia contra bonos mores sit. Respond. Alex *in l. stipulatio hoc modo concepta. col. 2. de verb. obl.* Dec. *cons. 225. nu. 4.* Iason *in l. pactum quod dotali. n. 5. C. de pactis.* Bald. *in l. 2. Cod quae sit longa consuet.* Capella Tholosana *decis. 452. in fine.* Oliscus *decis. Pedem* 1..0. *nu. 32.* Menoch. plurimos citans *cons. 456. nu. 20. & seq. lib. 5.* & hæc de primo capite.

Sequitur secundum: L. paciscente & I. si viueret indignis existentibus, qui ad successionem bonorum feudalium admittantur, vtrum eorum liberi qui omnes inæquali gradu sunt agnatione L. senioris defuncti, & simul inuestiti fuerunt, admittendi sint ad successionē d. feudorū vna cū aliis sumptis qui sunt in eodem octauo gradu constituti. Hęc quæstio pendet ab ea quæstione, si vasallus aliquod delictum cōmittat, propter quod dignus sit amissione feudi, ad quos feudum pertineat, an ad D. an vero ad filios vel ad agnatos vasalli: in qua quidem quæstione illa est distinctio communiter recepta, quod si delictum sit contra Dn. tunc feudum ad illum reuertatur, in vltionem iniuriæ sibi factę, si vero non sit contra Dn. tunc feudum ad agnatos pertineat, non autem ad filios, *text. in c. 1. §. si vasallus. tit. si de feudo defuncti fuerit controuersia inter Dom. & agn. c. 1. si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.* & secundum hanc doctrinam feudalia bona, de quibus nunc agitur, non pertinerent nec ad Dn. quia delictum non est commissum contra Dn. nec ad filios L. & I. paciscentium, sed tamen ad eosdē filios pertinere existimamus, quia in hac eadem quæstione alia est distinctio vera & communiter recepta, aut filii ex persona patris feuda petunt, aut ex persona propria tanquam scil. iure proprio inuestiti: priore casu
12 filii excluduntur† ob delictum patris, posteriori non item: ratio est, quia culpa & delictum patris nō debet nocere filio. In his, quæ ipse filius habet iure proprio, & non ex persona patris, *arg. l. 3. ff. de interd. & releg. L. 1. §. vlt. l. 3. §. si emancipatus. ff. de bonorum possess. contra tab. l. si necem. §. si deportatus. ff. de bonis libertorum. l. cognouimus. cum auth. seq. C. de hæreticis.*

Ita omnium primus docuit post Cyn. quem refert Bart. *in d. l. eum qui. 3 num. 1 ff. de interdict. & releg.* Alex. alios citans & communiter dicens *in l. si finita. § si de vectigalib. num. 29. ff. de damn. infect.* Zasius qui & alios multos citat, *de feudis. parte 10. n. 96* Clarus *§ feudum. q. 66. vers. sed quæro hoc casu.* Castrens. *in l. adoptiuum. §. vlt. nu. 4. ff. de in ius vocan. & in cons. 311. lib. 1.* Imol. *in c. ex parte. nu. 18. de feudis.* Curt. Senior *cons. 48. col. antepen.* Ruinus *cons. 23. lib. 5. & 149 num. 14. lib. 1.* Thomas de Marinis *de feudis. tit. 2. nu. 68. & 86.* Roland à Valle *consil. 28. n. 21. & 29. nu 33 lib. 3.* Gozadin. *cons. 48. nu. 14.* Cæphalus *cons. 241. nu. 77. lib. 2.* Alex. de Neuo *cons. 91. nu. 6.* Bertatius *cons. 225. nu. 185.*

Nos versamur in hac ipsa specie, quia filii isti L. & I. paciscentium, non veniunt ex persona parentum suorum, sed ex persona propria, quoniam à Dn. feudi simultaneam inuestituram acceperunt in huiusmodi feudis, vt in facto præsupponitur ex literis feudariis constare. Quare propter patris culpam ipsi non sunt vlla ratione excludendi à feudis, de quibus agitur: quia delictum à parentibus eorum commissum non fuit contra personam dominorum, nec ipsi nituntur iure patris, sed propria inuestitura eis simul concessa, vt dictum est.

Superest vt tertium & postremum caput exequamur, confutemusq; argumenta quæ superius à nobis firmatis conclusionibus obstare videntur.

Primum argumentum est, quoniam non ita constitutum videtur, *in l. vlt. C de pact.* vt paciscentes de viuentis hereditate absq; illius consensu efficiātur indigni eius hereditate & successione. Sed hoc constitutum fuit in eos, qui donant hereditatem viuentis. De donatione enim loquitur *l. quidam §. 1 ff. de don. & in l. 2. ff. de his quib. vt indign.* De paciscentib. autē super hereditate viuentis, quod priuentur eius hereditate, nihil expresse constitutum est: ergo quia versamur in odiosis & pœnalibus, non videtur† extensio esse per- 13
mittenda, de donationibus scil. viuētis hereditatem, ad eos qui paciscuntur. *C. odia. de reg. iuris. lib. 6. l. interpretatione. ff. de leg. cum aliis similibus.*

Respondemus idem iuris esse in paciscentibus, q in donantibus constitutum est, quia *in l. vlt. C de pactis.* nihil noui Iustin. statuit, sed ius antiquum confirmauit, quo eiusmodi pactiones phibitæ olim fuerunt, pœna illa constituta amissionis hereditatis. Nullę aūt erant aliæ pactiones antea phibitæ q̄ donationes factæ de viuētis hereditate: ergo ex hoc colligitur, leges veteres tam de donationib. & donātib. hereditatem viuentis, q̄ de paciscentib. accipiendas esse, verba Iustin. *in d. l. vlt.* sic se habent. *Secundum veteres itaq; regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, & nihil ex his pactionib. obseruari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodauerit, & in ea vsq; ad extremū vitæ spacium perseuerauerit: tunc etenim sublata acerbissima spe licebit eis illo sciente & iubēte huiusmodi pactiones seruare. quod etiam anterioribus legib. & constitutionibus non est incognitum, licet à nobis clarius est introductū. Iubemus etenim neq; donationes talium rerum, neq; hypothecas penitus esse admittendas, nec alium quemquam contractum, cum in alienis reb. contra Domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patiantur.* His verbis patet. Iustin. æquiparare donationes & pactiones, & omnes alios contractus, & quidem secundum antiquas regulas: ergo sicut pœna quoad donationes constituta est, ita et censeri debet constituta quoad paciscentes. Et sicut nullam Iustin. mentionem fecit pœnæ constitutæ in donationibus ibi nominatim expressis, & tamen nemo negat esse pœnam illā constitutam, vt donator tanq̄ indignus excludatur ab hereditate, ita etiā dicēdum est, eandem pœnam locum habere aduersus paciscētes, quia non minus quam donationes prohibentur à Iustin. omnes pactiones super viuentis hereditate, & quidem eisdem rationibus, quia videl. vt ipse Iust. dicit, omnes huiusmodi pactiones odiosæ sunt, & plane tristissimi & periculosi euentus.

Et hæc communis est omnium Dd. interpretatio & sententia, quod pœna priuationis hereditatis locum habeat etiam in paciscentib. vt supra latius deduximus, in secundo præmisso primi capitis huius consultationis.

Secundum argum. sumi potest *ex l. 1. Cod. de secund. nupt.* vbi confiscationem prohibet Imp. ratione adiecta. Ne

cta. Ne in his, inquit, in quib. correctionem morum inducimus, fisci videamur habere rationẽ: ergo idem videtur dicendum in casu nostro, licet pactiones istæ de viuentis hereditate prohibeantur, quia bonis moribus repugnant, tamen pœnam illam cessare debere, quæ est, vt paciscentes scil. indigni successione efficiantur, & illa deoluatur ad fiscum.

Respondemus casum *d.l.1 C.de secund. nupt.* specialem esse, & longe ab hoc nostro † diuersum, sicuti declarat Bart. *ad l.1.ff.de his quib. vt indig.* & scribit pręclare Dec. *ad d.l.vlt.C.de pact.* etiam in casu *d.l.1. C. de secund. nupt.* futurum esse locum confiscationi nisi Imp. vlterius processisset prohibendo, scil. confiscationem.
14

15 Tertium arg. est, quia † ex actu nullo, nulla pœna sequi debet, Bald. *in l.2 C.de Emsc.aud.argu.l.1.§.vlt. ff quod quisq, iur.* Bart. *in l.filium.§ si quis bonorum.ff de legat.præstan.* Bald. & Salyc. *in l.ea quidem.in 2.not. Codic. si mancip. ita fuerit alien. ne veneat.* sed pacta de quibus agitur, nullius sunt momenti, vt patet *ex d.l.vlt.C de pactis.* ergo non videtur pœnæ locus esse.

Respondemus ad hoc procudium ex communi distinctione Dd. hunc in modum: actus nullus esse potest altero ex duobus modis. Primo, quia cõtra legem factus est, eum reprobantem. Secundo, quia ꝓpter aliam causam. Priore casu, qui est noster, pœnæ locus est: quia actus est nullus, quantum ad commodum eorum qui eum gesserunt, sed quantum ad eorum incommodum & præiudicium, vt [illegible], valet. Posteriore casu, nulla pœna [illegible] potest. ita declarat Bald. *in l.non dubium.* [illegible] *quoad feudum.* C. [illegible] late Tiraq. *de* [illegible] *.26 Gloss. 2. nu.8. & de* [illegible] *connub. Gloss 3. vers* [illegible] *Son Mar num.207.* Itaq; Doctores in contrarium allegati, intelligendi sunt in posteriore casu, non autem in priore.

Quartum argum. est, quia videtur esse diuersus casus inter eos, qui paciscuntur de viuentis hereditate, iuxta *l.fin. C.de pact.* & eos qui de bonis feudalib. paciscuntur, nam *dict l.vlt* loquitur expresse in illo casu, quando paciscentes super hereditate viuentis certo modo diuidenda, spem habent eam ad se deuolutum iri, quia erant proximi agnati vel cognati eius, de cuius hereditate agitur, vt patet ex verbis illis, *d. l. vlt. Si duabus vel pluribus personis spes aliena hereditatis fuerit, ex cognatione forte ad eos deuoluenda* Sed tamen non omnino certum erat ad paciscentes hereditatem viuentis peruenturam, vt patet ex illis verbis: *Sed quia sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos peruentura, sed sub duabus conditionibus si ille mortuus fuerit & si ad hereditatem vocentur ii, qui huiusmodi pactionem fecerunt.*

Sed in casu nostro bona feudalia non sperabant paciscentes, proprie ad se peruentura ratione cognationis, sed propter simultaneam inuestiturã obtentam à Domino feudorum, & ideo certum erat bona ad eos peruentura post mortem L. senioris sine masculis defuncti, virtute scilicet dictæ simultaneæ inuestituræ: ergo casus est diuersus, nec debet fieri extensio. *l. Papinianus exult. ff. de minor.*

Respondemus vna cum Hieronymo Schurpf. *d. cons.8. inter cons. Modestini Pistor. nu.12 lib.1.* eandem esse rationem etiam in proposito casu, & ideo text. *in d.l. vlt C.de pact.* ex rationis identitate extendendum esse, quia non est correctorius sed limitatorius iuris antiqui: & quod sit eadem ratio patet, quia etiam eiusmodi pacta sunt contra bonos mores, & odiosa, plenaq; tristissimi & periculosi euentus. Nec refert quod isti paciscentes essent vocati simultanea inuestitura, & sic firmam & certam spem haberent consequendi dicta bona feudalia post mortem L. quia quando certum est hereditatem omnino peruenturam esse ad paciscentes, tunc maior est ratio reprobandi & puniendi talia pacta, & paciscentes, quam vbi id incertum est. Id patet *ex d.l.fin. C.de pact.* Imper. dicit dubitandi causam ex eo profectam fuisse, quod non certum esset hereditatem ad paciscentes peruenturam esse, sic enim inquit textus: *Faciebat autem eis quæstionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit, & quia non sunt ita. infecta, quasi omnimodo hereditate ad eos peruentura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, & si ad hereditatem vocentur ii, qui huiusmodi pactionem fecerunt.*

Hæc erat dubitandi ratio; videbatur enim dicendum tales pactiones valere, quia erant incerta, & referebant se ad futurum euentum, & fortasse irrita futura erant, hereditate forsan non ad paciscentes, sed ad alios deuoluta. Sed istis non obstantibus contrarium Imperat. respondit, dicens: Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosæ esse videntur, & plenæ tristissimi & periculosi euentus; quasi dicat: omnes eiusmodi pactiones se improbare, nulla ratione & distinctione adhibita, hereditas certo ad paciscentes peruentura sit, siue non, & sub ea conditione pacta inita essent, nec ne, & quando certo prouentura essent, procul dubio idem sensit Iustinianus, & multo magis reprobauit eiusmodi pactiones.

Quintum argumentum est *ex l. de fideicommiss. Cod. de transact. & l.1. Cod. de pact.* vbi dicitur, valere transactionem factã inter fratres de fideicommisso conditionali, videtur enim esse similis ratio, quia sicut eueniente casu mortis grauati, fideicommissum pertinet ad eum, qui substitutus est & vocatus ex testamento. Ita etiam feudum post mortem L. Senioris ad alios pertinebat vocatos ex simultanea inuestitura.

Respondemus longe diuersam rationem esse inter pacta de quibus loquimur, & transactionem illam, qua fideicommissum renunciatur. Hæc enim pacta odiosa sunt, & votum inducunt captãdæ mortis, vt iam dictum est; illa vero fauorabilia sunt, & tollunt votum ipsum captandæ mortis, quia renunciant paciscentes fideicommisso, & ideo non sunt deinceps solliciti de morte alterius, & hoc est quod dicit text. *in dict. l. de fideicommiss. interposita transactio, rata est cum fratrum concordia remoto captandæ mortis alterius voto improbabili retinetur. &c.*

Sextum argumentum sumi potest ex eo, quod Couarr. tradit, *ad rubr. de testam. num.2.* Pacta ista non ideo reprobari, quod contineant vel inducant peccatum ex voto captandæ mortis, quia etiam in substitutionibus & primogeniis hæc ratio allegari posset, quæ tamen valent, & certum est ea non inducere peccatum, quibus addi potest quod dicebat Zasius *respo. lib. 1. numer. 38. libr. secund.* hæc quæ de voto mortis captandæ dicuntur Italis esse relinquenda, apud Germanicam integritatem parum cognita.

Respondemus latum esse discrimen inter substitutiones & primogenia, & pacta de quibus loquimur. Nam substitutus & primogenitus nihil disponunt ipsi vel paciscuntur de viuentis hereditate, sed testator est qui disposuit substituendo & primogenitum vocando nullo ipsius substituti vel primogeniti facto interueniente, sicuti post alios optime declarat Cagnolus *in dict. l.fin. numer. 10. Cod. de pactis* quod vero Zasius dicebat, legibus repugnat & aliorum omnium interpretationi & sententiæ,

qui

qui docuerunt eiusmodi pacta ideo contra bonos mores esse, quia inducunt votum captandæ mortis, vt late superius in primo capite deduximus.

Septimum argumentum sumi potest ex eo, quod hic non agitur de pacto inito super hereditate viuentis, sed super certis bonis: quare non videtur habere locum *l. vlt. C. de pact.* nam ita iure constitutum est, vt
16 pactum quo hereditas datur† non valeat, veluti contra bonos mores, auferens liberam testandi facultatem. *l. pactum quod dotali. Cod. de pactis. l. ex eo. C. de inut. stipul. l. hereditas C. de pactis conuentis.* & tamen valet, si de rebus certis factum sit, vt tradunt Dec. *in dict. leg. pactum quod dotali. colum. vlt. versic. 2. limit C. de pact. & in consil. 655 num. 10.* Socin. Iun. *in consil. 65. num 47. lib. 1.* Viuius *commun. opin. ver pactum 1. num. 8.* alios citat Gabrielius *commun. conclus. titul. de pact. conclus. 1. numer. 9.* Tobias Nonius *consil. 43.* Menochius *consil 1. num. 150.* Ioan Petrus Surdus *consil. 20. num. 22.* Mascard. *consil. 6. num. 46.*

Respondemus nil referre vtrum sit pactum de vniuersa hereditate viuentis, vel de certis bonis, veluti de bonis feudalibus viuentis, quia in eis idem receptum est, vt supra deduximus, & eadem est ratio: & confirmatur hæc sententia *ex dict. l. vlt. C. de pact.* in verbis circa finem, dum ait Imperator. *Iubemus etenim neque donationes talium rerum, neque hypothecas penitus esse admittendas, nec alium quenquam contractum: cum in alienis rebus contra Domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patiantur.* quibus accedit text. *in dict. l quidam §. 1. ff. de donat.* ibi partis bonorum. Notanda sunt illa verba aliquid fieri vel pacisci: videntur enim designare omne pactum & omnem contractum, siue de tota siue de parte hereditatis, siue de quibusdam rebus fiat, vt declarat optime Cagnolus *in commun. dict. l. vlt. numer. 91. Codic. de pactis.*

Alia ratio est, & longe diuersa, in pacto quo datur hereditas, illud enim non valet, quia tollit liberam testandi voluntatem: sed quando non tota hereditas, nec pars illius, sed certæ quædam res particulares in pactionē veniunt, cessat illud absurdum & impedimentum testandi. ac proinde pactum valet: & ratio, ne impediatur libertas testandi, non facit. vt pacta de quibus nos loquimur minus valeant: nec ad nostram quæstionem pertinet, sed ratio cur pacta ista de viuentis hereditate nō valeant, est, quia sunt contra bonos mores, & inducunt votum captandę mortis, vt supra dictum est.

Octauum argumentum est, quoniam pactum de
17 quo agitur, factum fuit inter viros nobiles† & personas egregias, ideo videtur valere. *argum. l. licet. C. de pactis.* Etenim quod ibi constitutum est in militibus, extenditur etiam ad personas magnificas & nobiles, auctore Decio *cons. 516. num. 3.* Ias. *in l. stipulatio hoc modo. num. 17. ff. de verb. oblig. & in consil 5. col 4. libr. 3* Guil. Benedict. *ad cap. Raynut. versic. duas habens filias. num. 197. de testam.* Boerius *decis. 355 nu. 3.* Zasius *cons. 1. numer. 14. lib. 2.* Tiraquel. *de iure primogen. qu. 7. nu. 6.*

Respondemus, quicquid sit constituendum circa pactum illud reciprocum succedendo inter milites & similes personas, de quo pacto loquitur. *d. l. licet. C. de pactis.* in quæstione nostra secus est dicendum, in qua non agimus de pacto succedēdi, sed de pacto de bonis viuentis facto, quod inducit votum captandæ mortis, ac proinde nec inter milites valet, vt declarat Iason *in d. l. vlt. C. de pactis. num. 5. in 5. limit* vbi rationem adfert, quia pactum est contra bonos mores, ideo prohibitio legis etiam milites comprehendit. *l. miles ita heredem. §. mulier. ff. de test. milit.* Et quia agitur de præiudicio tertii viuentis, quo casu miles non est priuilegiatus. *l. cum filius. ff. de test. milit.* priuilegia enim debent intelligi sine præiudicio tertii. *l. ne. auus. C. de emancip. lib.* Iasonem secuti sunt ibid. Cagnolus & alii recentiores. Imo nec priuilegium *l licet. C. de pactis.* locum habet in aliis, quam in militibus, secundum veriorem & communiorem sententiam, de qua fidem allatis authoribus facit Cacheranus *decis. Pedem. 100. num. 46.* vbi etiam respondendo ad Decium *in consil. 516.* dicit, eum intelligendum esse de conuentione facta inter Magnificos viros ac Dominos, qui potestatem habent legis cōdendæ in suis oppidis ex Ruino *cons. 99. col. pen. lib. 1.*

Nonum argumentum est, quia multæ sunt causæ, quibus feuda amittuntur in vsibus feudorum, *vt in tit. quæ fuerit prima causa benef. amit. de feudo sine culpa non amittend. tit. In quibus causis feudum amittatur, & quibus modis feudum amittatur.* & tamen nullibi est mentio huius causæ, de qua agitur, nimirum, vt propter pacta facta de viuentis feudo paciscentes amittant feudum, quod mortuo vasallo ad paciscentes spectat.

Respondemus, etsi hæc causa non sit expressa in vsibus feudorum, tamen satis est, non esse ex consuetudine & vsibus feudorum contrarium constitutum; nam iure Cæsareo hæc causa est iusta, & consequenter etiam in feudis locum habet: quia ita vsibus feudorum cōstitutum est, vt ius† commune Cæsareum 18
seruandum sit, vbi casus emerserit, qui consuetudine feudali comprehensus non sit. *vt in c. 1 de feud cogni.* & iam supra late deduximus ex mente Doctorum. *l. vlt. Cod. de pact. & similes.* locum habere etiam in feudis.

Decimum argumentum pertinet ad 2. caput, cui scil. feuda applicentur hoc in casu: & est huiusmodi. Si in feudis locum habet. *l. vlt. Cod. de pact. & similes.* sequitur dicendum, feudum confiscandū esse, & transire ad fiscum, non autem ad agnatos vel filios defuncti vasalli. quod enim fiscus auferat hereditatem paciscenti tanquam indigno, hoc in casu certum est, ex *l. 1. ff. de his quib. vt indig. in fine.* Ergo similiter feuda auferre debet, de quibus pactum fit.

Respondemus, feudum non pertinere ad fiscum hoc in casu, quia in vsib. feudorum cautum est, cum vasallus priuatus est feudo ob aliquod delictum, cui sit feudum applicandum: & ita constitutum, vt vel Domino vel agnatis applicentur, & etiam filiis, secūdum distinctionem, quam supra deduximus: ideo hoc in casu ius commune locum habet, quantum ad feudi amissionem: sed quantum ad applicationem feudi merito seruanda erit, quod vsibus feudorum constitutum est, vt feudum non Domino applicetur, quia delictum nō est commissum contra Dominum, sed pertineat ad filios paciscentium, quibus simultanea inuestitura concessa est à Domino, & proinde iure proprio ius competere manifestum est, non ex persona patris.

Vndecimum argumentum & postremum, pertinet ad idem secundum caput, in quo supra est cōclusum, exclusis paciscentibus admittendos esse eorum filios: videtur enim dicendum, filios esse excludendos. Primo *& c. 1. §. si vasallus feudo priuetur, cui deferatur.* vbi text. ita dicit, vasalli feudum delinquentis, licet ad agnatos quandoque pertineat, filius tamen ad id nullatenus aspirabit, & *in c. 1. §. si vasallus culpā. si de feudo fuerit controuersia inter Domin. & agnat.* si vasallus, inquit, culpam committat, propter quam feudum amittere debeat, neq; filius neq; descendentes, ad id

feudum reuocabuntur. Quibus verbis nulla fit distinctio qualiter feudũ ad filios pertineat, an ex persona patris, vel ex persona propria: vt post alios quos citat & tradit Hartm. Pistor. *quæst. iuris lib. 2. parte priore cap. 16. num. 11. 12.*

Respondemus: Pistorii sententiam locum habere posse, quando delictum in D. commissum est: tunc enim nulla distinctione adhibita filii excluduntur, & ita loquitur Menoch. qui citatur à Pistorio *in consil. 99. n. 144. lib. 1.* Sed si ius quæsitum sit filiis æque principaliter ac ipsi patri, nulla est ratio cur propter patris delictum priuari debeant. *l. eum qui ff. de interdict. & releg.* id quod fatetur etiam ipse Pistor. *paulo infra nu. 27.*

Et quoniam Pistorius in dicto loco eo inter cętera nititur argumento, quod Bart. qui pro contraria sententia adfertur, id non dicat *in d. l. eum qui ff. de interd. & releg.* Nos qui Bartol. supra adduximus & sequaces eius, verba huc adferemus, vt inde appareat, nec nos nec alios Dd. male hac in re Bartoli authoritate nixos esse: *Dico sic* (verba sunt Bartoli) *quandoq; quis committit aliquod delictum, propter quod debet directo feudo priuari, vt quia deliquit contra Dominum, vel aliquid facit contra conuentionem feudi, tunc delictum patris nocet filio. &c.* & paulo infra: *Si vero propter delictum illud non debeat quis principaliter feudum amittere, sed consequenter cadat ab illo, vt quia non deliquit contra Dominum, vel contra promissiones factas in feudo, isto casu recurro ad distinctionem, quam ponit Cynus in l. 2. in fine. C. de liberis & eorum libertis quæ probatur per hanc legem. Aut tale feudum debet transire ad filium, ex persona patris, tanquam ad patris successorem, & hoc perdit. Aut transit ad eum suo iure, vt quia filius, non, quia heres, & tunc sibi illud retinet. Probatur in iure libertorum, & ducitur euidenter hac lege.* Hactenus Bartolus.

Verba dictæ legis hæc sunt: *Quæ vero non à patre sed à genere, à ciuitate, à rerum natura tribuerentur ea manere eis* (scilicet filiis) *incolumia,* scil. non obstante patris delicto, vt in verbis superioribus eiusdem legis habetur.

Non igitur bona est illa ratiocinatio, quæ sumitur ex verbis generalib. textuum, qui sunt in vsibus feudorum, & quibus constitutum est, filios excludi propter delictum patris, quia restringi debent ea ratione & æquitate, illa vero est æquitatis ratio, vt quod filii ex persona patris consequuntur, illud ob patris delictum amittant, quod vero ex persona propria & iure proprio obtinent, retinere debeant, ne patris delictum noceat filio, & culpa vnius alter prægrauetur, contra iuris regulas: & cum hoc interpretatio & distinctio communiori Doctorum sententia recepta sit, vt apparet ex authoribus quos superius adduximus, & iuris regulis æquitati & rationi magnopere consentanea, non putauimus ab ea recedendum, quamuis aliqua in contrarium adferri possent ex Pistorio loco proxime citato.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Germanis fratribus.

Argument. Consilii XXXII.

De aditione hereditatis. De inuentario heredis. De fratre paciscente nomine fratris sine mandato: & de aliis.

Summaria.

1 *Aditio hereditatis probatur ex facto heredis.*
2 *Aditio hereditatis non præsumitur.*
3 *Aditionis hereditatis probatio difficilis.*
4 *Aditio hereditatis in animo consistit.*
5 *Facta non præsumuntur.*
6 *Aditio hereditatis non præsumenda.*
7 *Aditio hereditatis nõ inducitur ex inspectione rationum defuncti.*
8 *Iudex copiam facere debet heredi instrumentorum defuncti, vt possit deliberare, an velit adire.*
9 *Protestatio heredis quod non intendit per aliquem actum hereditatem adire, operatur vt non dicatur adire.*
10 *Aditio hereditatis probatur ex solutione æris alieni.*
11 *Aditio hereditatis non inducitur ex actibus dubiis.*
12 *Aditio hereditatis probatur ex inuentarii confectione.*
13 *Sed hæc opinio reprobatur.*
14 *Facto vnius fratris alter obligari non potest sine suo consensu.*
15 *Coniunctus coniuncto præiudicare non potest.*
16 *Priuatis pactionibus ius cæterorum lædi non potest.*
17 *Coniunctus agere potest pro coniuncto.*
18 *Fallit in his quæ mandatum speciale requirunt.*
19 *Mandatum speciale requiritur ad paciscendum pro alio & alium obligandum.*
20 *Aditio hereditatis non potest per procuratorem.*
21 *Mandatum non præsumitur.*
22 *Ratificatio non præsumitur.*
23 *Ratificatio vt probetur opus est probare scientiã gestorum.*
24 *Ratum habere non possumus, quod nostro nomine gestum non est.*
25 *Gesta per falsum procuratorem à Dn. ratificari possunt.*
26 *Fallit in his quæ mandatum speciale requirunt.*
27 *Et quando causa agitur in auditorio Principis.*
28 *Ratificatio non inducitur per appellationem & querelam.*
29 *Heres tenetur approbare factum defuncti.*
30 *Sententia est nulla ex defectu iurisdictionis.*
31 *Quæ nullitas attenditur etiam in camera Imperiali.*
32 *Iurisdictioni Principis dicitur quis subiectus ratione præfecturæ quam habet.*
33 *Heres forum defuncti sequitur.*
34 *Citatio legitima quæ.*
35 *Citationis defectus reddit sententiam nullam.*
36 *Legitimatio personarum requiritur in quocunq; iudicio etiam summario.*
37 *Mandati defectus reddit sententiam nullam.*
38 *Coniunctus agere potest sine mandato & defendere.*
39 *Nullitatis dictio proponi debet coram superiore qui est iudex appellationis.*
40 *Ordinatio cameræ Imperialis circa iudicem appellationis in causis Principum.*
41 *Iudex nullitatis cognoscere potest de meritis causæ.*
42 *Causæ merita attendi solent in Camera Imperii.*
43 *Heres inuentarium conficiens non tenetur de suo.*
44 *Inuentarii beneficio heres non gaudet, qui tempus deliberandi petiit.*
45 *Ratio ibi assignatur.*
46 *Princeps iubere non potest subdito suo, vt faciat transactionem cum aduersario.*
47 *Princeps præsumitur iustitiæ plenus.*
48 *A Principe Imperii appellatur ad Cameram Spirensem.*
49 *Heres præsumitur ignorare iura defuncti.*
50 *Princeps est à Deo delegatus in terris.*

Facti

Facti species.

IOannes à Krothenshal moritur anno 86. sine liberis relictis tribus fratribus, & ab intestato relictis quoque feudo masculino tantum, & quibusdã mobilibus. Et grauatus quidem magno ære alieno. Celebrato trigesimo prout moris erat, curauerunt tres relicti fratres omnium bonorum fieri inuentarium adhibito notario & testibus.

Defunctus autem Ioannes cuiusdã Principis bonorum administrator vulgo præfectus fuit, & mandato eiusdem pro dissolutione debiti Cameralis, pecuniam mutuo accepit, & expendit. Vnde Princeps ille apud dominum trium fratrum, à quo domino agnoscunt feudum, institit, & petiit, quod dominus ille vasallis suis tribus iniungeret, quod nomine fratris defuncti inirent rationes cum camera sua, & id, in ꝙ reliquatus esset frater defunctus, persoluerent.

Ad petitionem itaq; Principis Dom. Vasallis suis mandauit, vt secunda die Decemb. Anno 86. coram eodem Principe comparerent, nomine fratris defuncti rationes inirent, & residuum soluerent.

Illi itaq; tres fratres de negotio fratris defuncti, vtpote, de facto alieno licet ignorantes erant, tamen vnus ex illis, nomine Eucharius, sine mandato aliorum duorum per se, obedientiam domino suo testificãdi gratia corã petitore Principe comparuit, & cũ vocaretur ad rationes fratris defuncti audiẽdas protestat⁹ est, se tantum animo obediendi suo domino, & in gratiã Principis, non vero ꝙ velit immiscere se rationibus, & administrationib. fratris defuncti hic comparere. Et ꝙ ideo velit audire rationes defuncti fratris, vt possit illa credita, & debita eius in inuẽtarium ponere, & inde ipse, & sui duo fratres melius valeant deliberare an velint recipere, vel adire fratris hereditatem, vel eam in solutũ creditoribus cedere.

Præmissa hac protestatione, reddita est Euchario copia eius, quod camera à defuncto fratre tanq̃ debitum petit, q̃ ille iterũ protestatione facta recepit. Et inde deprehendit, fratrem suũ defunctum in magna summa Cameræ Principis esse reliquatum. Et quanquam Eucharius è contra rationes ex relictis literis fratris defuncti, extrahi fecit, tamen tunc tempori nihil ampli⁹ cœptum est fieri, sed omnia manserũt in suspenso. Interea temporis fratres ipsius defuncti apud suum dominum, seu Principem institerunt petentes sibi dari commissarios, coram quib. (citatis tamen omnib. fratris creditorib.) exponere inuentarium sint parati, simul & illius fratris hereditatẽ restituere, seu dare suis creditorib. Sed petitioni istí factũ non est, imo ad instantiã alterius Principis iussi sunt corã eo comparere, 5. Nouemb. Anno 87. audituri, & respõsuri, & ita se declaraturi, quo Princeps ille esse possit contentus. Et quanquam illi duo fratres comparere apud Principem illũ dubitarunt, tamen ille sæpedictus Eucharius, obedientiã vt præstet suo Principi, comparuit, sine mandato tamen reliquorum. Et præmissa protestatione superiori obtulit se referre ad omnia illi significata, & proposita, ea quæ possent ex relictis, & in inuentarium deductis fraternis literis haberi, & opponi. Ad hæc à Principis illius Commissariis, & Consiliariis noua ratio inita est, & quanquam multæ postea à Principis illius Camerario, in quas reliquatus fuerit frater defunctus indicatæ fuerint, quia tamen Eucharii animus non fuerit, reddendi se participem rationibus fraternis, aut se opponendi Camerario, reliquit rẽ in se, & illis quibus de iure competit contradicere reliquit. Inde factum est, quod ad Camerarii tanquam partis indicium, summa reliquata in aliquot millia ascenderit. Et licet Commissarii Principis egerint cũ Euchario, vt ille vna cum fratrib. suis debitum fratris defuncti agnosceret, & soluere in se reciperet, tamẽ ipse recusauit. Primo, ex eo quod non cogitent adire hereditatem fratris. Secundo, quod non habeat mãdatum à fratrib. Tertio, quod illis foret graue aliena debita, de quibus non participassent, in se suscipere. Et licet Eucharius huiusmodi opposuerit excipiendo, tamẽ Principis illius Commissarii nolebant esse contenti, & illi imponere, comminatione arresti, solutionem debiti volebãt, & inde 10. Decemb. Anno 87. ita iudicarunt, ꝙ ille, & sui fratres debeant cogitare, & scire, ꝙ fratris defuncti reliquatũ debitũ Principi querulanti soluere, aut cautionem illi placentẽ reddere debeant. Qua audita sententia ille Eucharius protestatus est statim cõtra: & illi tres fratres simul 15. eiusdem mẽsis sic intra decendium apud suũ Principem sua grauamina proposuit in scriptis, & petiit. Quod cum nec ipse, nec fratres eius illud æs alienum contraxerint, nec pro fratre fideiussérint, nec etiã scientiam rerum fraternarum, vtpote facti alieni habuerint, prætetea cũ Camerarii ratio facta sit contra expressas literas sigillo munitas, seu instrumenta, & etiam suæ rationes maiori indigeant deductione ac probatione. Ideo se petere, ne Princeps eorũ patiatur, hos tres fratres cõtra iura grauari. Ad hæc dominus illis trib. fratrib. dici curauit, vt quæ nũc proponunt & si se defendere velint, id faciant corã Principe querulante. His dictis acquiescentes tres fratres, causas suas, & motiua, quare illis non possit imponi solutio debiti fraterni, Principi querulãti proposuerunt.

Sed Princeps ille ad iam proposita non respondit fratribus, & apud D. eorum pro executione solutionis petitæ instituit. At cum se contra petitam executionem opposuissent. Dn. tunc 25. Maii Anno 90. illis statuit, quo amicabiliter componant cum querulante Principe. At illi duo fratres (cum nunc mortuus sit tertius ille frater Euchar.) sine iudicis sententia nõ putant se reb. ac negotiis fraternis immiscere, & componere debere. Vnde quærunt: Primo, vtrum frater Euchar. quia ad Dn. sui Principis mandatum coram querulantis Principis Camera comparuerit, se ad petitum fratris sui defuncti debitum adstrinxerit, vel ex eo obligatus sit.

2 Posito quod sic, vtrum ille alios duos fratres obligare potuerit.

3 An decretum iam factum dicti Principis impugnare possint, & quomodo possint impugnare.

4 Vtrum possit inuentarium conficere bonorum hereditatis fratris mortui, & pro rata satisfacere creditoribus.

5 An illi duo fratres teneantur soluere vltra vires hereditarias.

Vltimo, an teneantur comparere in iam vltima dicta die, vel si honeste id recusare possint, & an petitioni eorum Princeps eorum Dominus annuere debeat: & quomodo illã excusationem proponere debeant coram suo Principe, ne incurrant eius indignationem.

Diuino subsidio humiliter implorato: vt propositis quæstionib. ordine respondeamus, prout iuris esse nobis videtur: aggredimur primam: vtrum frater Eucharius, ex eo, quod comparuerit corã Principis conquerentis Camera & Consiliariis, iussu & mandato Principis ac Dñi sui, videatur se obstrinxisse oneri soluen-

ſoluendi debita fratris defuncti, quaſi ea agnouerit, proindeque ad ea ſoluenda ſe obligauerit. Exiſtimamus huius quæſtionis diſſolutionem ex eo articulo pendere, vtrum ex memorata Eucharii comparitione,& omnibus aliis factis ſubiectis, dicatur fratris ſui defuncti hereditatem adiuiſſe & agnouiſſe,& conſequenter tanquam heres teneatur ſoluere quicquid frater defunctus debet. Etenim Eucharius nomine proprio nihil egit cum Principe & camera eius, nulloque iure ex perſona propria obligatus eſt. Ad hanc igitur quæſtionem reſpondentes, dicimus
1 quod licet hereditatis aditio probetur ex aliquo † facto heredis, authore Bartolo *in l. gerit. num. 19. ff. de acquir. hered. & in l. potuit. C. de iure delib* Iaſon *in conſ. 112. num. 2 lib. 4* Crauet. *conſ. 148. num 10. cum aliis qua cumulari poſſent*, tamen in præſenti caſu exiſtimamus nullo modo Eucharium cenſeri adiuiſſe fratris ſui hereditatem, atque adeo eius debita agnouiſſe, ad eaque ſoluenda ſe obligaſſe. Et hoc quidem multis rationibus. Principio enim ſatis explorati iuris eſt, hereditatem non præſumi aditam, omnemq; aliam
2 coniecturā † potius ſumendam eſſe, quam eam, vt quis hereditatem adiuiſſe cenſeatur. ita Signorolus de Homodeis *conſ. 165. num. 4* Bald. *conſ. 224 lib. 2.* Romanus *conſ. 154. num. 2* Crauetta *conſ. 437. nu. 1 & 14.* & probatur horum ſententia *ex l. 2. & 3. ff. de interrog. act.* vbi etiam dicitur, probationem aditæ heredita-
3 tis † plerunque difficilem eſſe. Huius rei duas adfert rationes Mantica *de coniecturis vltimarum volun. atum. li. 12. tit. 9. n. 3* poſt alios, quos citat. Prima ratio eſt, qa
4 aditio hereditatis † in animo conſiſtit *l. ſi quis ex* [illegible] *num. §. 1. ff. de acquir. hered. l. gerit. ff. eo.* & conſequenter dicitur eſſe facti. *l. bonæ fidei ff. de acquir. rer. dom. l. pro he-*
5 *rede ff de acq. hered.* Factum autem † non præſumitur ſed probari debet *l. 1. C. de probatio. cum vulg.* Secunda eſt ratio optime caſui noſtro deſeruiens, quia aditio hereditatis poteſt heredi graue præiudicium inferre, eo quod implicitus eſſet omnibus oneribus hereditatis *l. ſi in teſt. in fin. ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſta. l. ſi. io*
6 *pater. de leg. 1.* Cum itaque non præſumatur † quiſquam alienis hereditatem ſibi delatam agnouiſſe, & adiuiſſe, ac ſe oneribus hereditariis implicauiſſe, ſequitur dicendum, memoratum Eucharium ex comparitione,& aliis factis, quæ narrantur non præſumi iis ſe oneribus,& obligationibus ſubiecisſe, & eum, qui id affirmare velit, concludenter id probare debere, vt reſpondit Decius *in conſ. 445 nu 51 & 53.* Crauetta *conſ. 33. num. 2 & 37 num. 4. & 312 num. 3* Mantica *loco proxime citato.*

Secundo quoniam factum ipſum comparitionis coram Principis illius camera,& conſiliariis non eſt tale, quod citra ius, & nomen heredis fieri nō poſſit, ac proinde, vt ex eo inferatur neceſſario, Eucharium hereditatem & debita fratris agnouiſſe. Præſupponitur enim Eucharium comparentem proteſtatum eſſe ſe audire velle rationes defuncti fratris, vt poſſet debita, & credita eius in inuentario ponere & inde vna cum ſuis fratribus melius deliberare, an velint adire, ac recipere fratris hereditatem, an vero inſolutum eam creditoribus cedere. Quibus ſtatibus eum non cenſeri hereditatem, ac debita fratris agnouiſſe, ac pro herede ſe geſſiſſe conſtanter affirmamus authoritate Iuriſconſulti *in l. qui hered. 29. ff de acq hered. Qui heres* (ait Pomponius) *inſtitutus prohibetur ab eo, qui vna conſtitutus iam hereditatem adiit, tabulas, literas, rationes inſpicere mortui, vnde ſcire poſſit, an ſibi adeunda eſſet hereditas, non videtur pro herede gerere.* Hactenus ille. Et ſic heres inſtitutus non videtur pro herede gerere † ex eo, quod videre velit mortui literas, rationes, 7
& tabulas. & dicit Gloſ. *ibi.* heres magis, vt deliberet videtur petere ſibi exhiberi, non autem ideo adire, atq; hūc caſum commemorat Mantica *loco præcitato. n. 7* inter eos caſus, in quib. ex facto heredis non inducitur aditio. Imo Prætor debet heredi inſtituto copiam facere † inſtrumentorum huiuſmodi inſpi- 8
ciendorum, vt poſſit deliberare, velit, necne hereditatem adire. *l. Ariſto. ff. de iure delib. l. Ariſto. de acquir. hered.*

Tertio, quoniam Eucharius expreſſe proteſtatus eſt, vt in facto præſupponitur, ſe tantum obediendi gratia Domino ſuo, & in gratiam Principis coram Principe petitorum comparuiſſe, non vero quod velit immiſcere ſe rationibus,& adminiſtrationibus fratris defuncti, & quod velit audire fratris defuncti rationes, vt poſſit credita,& debita in inuētario ponere,& melius deliberare circa hereditatis aditionē. Hæc proteſtatio id clariſſime cōtinet, quod propter eiuſmodi actus Eucharius non intendebat hereditatem fratris adire. Vnde operatur hunc effectū, † vt 9
non cenſeatur adiuiſſe ex his actibus,& factis, ita docet Iureconſultus *in l. qui in aliena. §. Celſus ff. de acq. hered.* quem textum ibi Bart. Iaſon & alii notant, *& in l. etſi quis. verſ. plerique. ff. de relig. & ſumptib. funerum* ita reſpondit Alciatus *in conſ. 344.* Mantica *de coniecturis vltimarum volun. lib 12. tit. 10 num. 15.* & dicit Alciatus id procedere quanquam actus ſit talis, ex quo regulariter inducitur, ac probatur hereditatis aditio, veluti ſolutio † æris alieni a defuncto contracti. citat Salyc. 10
& Iaſon. *in l. 2. C. de iure delib.* Huicque ſententiæ adſtipulatur quod reſpondet D. Cæphal. *in conſ. 203 col. 2* & quanquā in hoc vltimo ſit aliqua diſputatio, & difficultas, opuſque diſtinctione ſit, quam commemorat Ioſeph. Maſcard. *tractat. de probationib. volum. 1. concluſ 44. in princip. & concluſ 47. num. 11.* tamen in caſu noſtro non eſt ea difficultas, quia actus comparitionis, & auditio rationum, ac debitorum defuncti non inferunt neceſſario hereditatis agnitionem & aditionem, ſed ſunt actus indifferentes, ex quibus neq; neceſſario, neq; veriſimiliter infertur aditio hereditatis, quia magis cadunt in deliberantem adire, ſeu magis conueniunt ei qui deliberat adire, quam adeunti, *d. l. Ariſto ſcribit. ff de iure delib. & d. l. Ariſto ff. de acquirend. heredit.* Mantica *loco ſupra annotato. titul. 12. num. 6.*

Poſtremo, quoniam dato quod actus eiuſmodi eſſent ancipites ac dubii, non tamen † inducerent 11
hereditatis aditionem, ſed iuramento ipſius Eucharii ſtandum eſſet, quo animo feciſſet illos actus, ex regula generali, quam ponunt Domini de Rota *deciſ. 432. in nouis* & in propoſito alios citans Maſcardus *de probationibus. concluſ. 47. in fine.* & hæc de prima quæſtione.

Nec obſtat, ſi dicatur memoratos fratres defuncto Ioanne ſtatim celebrato trigeſimo, vt moris eſt, curaſſe inuentarium fieri omnium bonorum defuncti, adhibito notario, & teſtibus, & conſequenter eos adiuiſſe fratris defuncti hereditatē, ex confectione enim inuentarii † probatur hereditatis aditio, vt 12
docet Bart. *in l. gerit col. vlt. ff. de acq. hered.* Ruin. *conſ. 168. num. 1. libr 1.*

Quoniam hæc ſententia eſt communiter reprobata, ex eo enim, quod heres ex teſtamento vel ab inteſtato inuentarium † bonorum defuncti conficiat, non dicitur adire hereditatem, quia illud inuentarium conficere dicitur conſilio, vt certus fieret de viribus hereditatis, vt probat textus *in l. vlt § fin* 13

autem

aut hoc aliquis. vers. non recusauerit. vbi textus requirit quod post inuentarium heres repudiet, vel adeat, & ita tenent ibi Salyc. Alex. & Iason. Ruinus *cons. 113. n. 4. lib. 3.* Neuizan *cons. 9. n 14.* Franciscus Marcus *decis. 29.* Roland. à Vall. *in tract. de confect. inuentarii in 3 par. §. sed an per confectionem.* Mantica *in tract. de coniect. vlt. vol. lib. 2. tit. 9. num. 15* Ioseph. Mascard. *de probat. lib. 1. conclus. 48.*

Secunda quæstio est, dato, quod frater Eucharius comparendo & audiendo rationes, debitum agnouisse dicatur, & pro debitore habeatur, vtrum ille duos alios fratres, sine quorum mandato id fecit, obligare ad debiti solutionẽ potuerit, præsertim ex eo quod dicta tunc fuerit memorata sententia.

Ad hanc quæstionem respondentes dicimus Eucharium minime potuisse alios fratres obligare ad debiti solutionem. Est enim explorati iuris, vnius
14 facto † alterum obligari, & grauari non posse, nisi consentiat, id mandando vel pactum habendo. Factum enim suum cuique non etiam aliis obesse debet, *l. factum cuique ff. de reg. iur l. iniquissimum. ff. de iur. & fac. ignor l. ab agnato. ff. de curato. furio.* Crauet. *in cons. 6. n. 68 & in cons. 688. n 3. lib. 4.* Et hoc procedit etiam in coniuncti facto. Coniunctus enim sanguine, non
15 potest † alteri coniuncto præiudicium inferre absq; eius voluntate, & consensu *l. 3 § sed & si rte.* & ibi Bart. *ff. iud sol. l. in causæ. ff. de procur. l. 1. C. quibus res iud. non no. cet.* Castr. *in cons. 100. circa fi. lib. 1.* Priuatis enim
16 pactionibus ius † cæterorũ lædi non potest, *l. 3. ff. de tran. act. l. pen. C de pact.* Crauet. *in cons. 149. n. 3 lib. 3* Licet enim coniunctus, & frater pro coniuncto, & fra-
17 tre † admittatur ad agendum, & defendẽdum sine mandato *l. si exigendi. C. de procura. l. sed & hæ personæ in*
18 *princ. ff. eo.* Non potest tamen † ea facere, quæ mandatum speciale requirunt, vt tradit Ias. *in d. l. si exigendi. n. 9.* Felin. *in c. coram. n 5. de off. deleg.* Ludou. Rom. *in sing. 227.* August. Berous *quest. familiari. 132. n. 2.* Franciscus Burs. *c. 1 cons. 21 n. 1 lib 1* Sed mandatum speciale re-
19 quiritur † ad paciscendũ pro alio, & alium obligandum *l. nam. & nocere. cum l. seq ff de pact.* Specul. *in tit. de procuratore § 1. sub n 4* & in his quæ ab animo nostro pendent, sicuti est adire hereditatem, & per consequens se obligare creditoribus ex quasi contractu. Angel *in l. si quis intentione. 66. ff. de iudi. & in l. Pomponius scribit §. vlt. ff. de rei vend.* Alexan. *in cons. 26. n. 13. lib. 3.* in terminis Crauetta *in cons. 967. nu. 21 lib. 5.* vbi am-
20 plius subdit per † procuratorem hereditatem adiri non posse. *ex l. Paulus respondet per procuratorem. ff. de acq. here. l. alias incipit, per procuratorem.* In proposita autem specie supponitur non interuenisse mandatum ali-
21 quod duorum fratrum quemadmodum † nec præsumitur *l. 1. C. de mand. princip.* Bald. *in l. 2. C. ex falsis instru* Crauet. *in tract. de antiq. temp. part. 2. n. 33.* cum infinitis à Gabrielio citatis *commu conclu. tit. de procuratoribus concl. 1* vnde res est clarissima. Præsertim quia nec
22 ratificatio interuenit. Non enim † ea præsumitur, cum sit quid facti, sed ꝓbari debet Castr. *in cons. 128. lib. 1.* & non solum ratificationem probare oportet,
23 verum etiam ratificantem † notitiam eorũ habuisse, quæ ratificatione continentur, vt tradit Bald. *in l. obseruauit §. proficisci. q 4 ff. de off. ꝓconsulis.* latissime docet Mascar. *de probat. lib. 3. concl. 1255.* vbi etiam *n. 21.* eã non præsumi etiam ex longo tempore in his, quæ magni sunt præiudicii, prout in casu isto præsupponitur.

Et hæc cõclusio eo certior est & indubitata in casu nostro, quia ex facti specie nobis proposita non deprehendimus Eucharium coram illius Principis Camera, & Consiliariis aliquid fecisse, dixisseue nomine aliorum fratrum suorum, vnde si nomine aliorum fratrum nihil egit, nihil dixit, non est locus ratificationi gestorum. Quod enim nomine nostro ge-
stum † non est, ratum habere non possumus, *c. ratum. de reg. iur. lib. 6. l. si pupilli. §. sed si ego. ff. de neg. gest. l. si seruum. ff. de precario. cum vulg.* Qua ratione tollitur obiectio, q̃ fieri potest ex iuris regula, q gesta per falsum procuratorẽ à domino ratificari dicantur ex eo, q lata sen- 24
tentia † dominus cõqueritur, & appella. *l. 3. § falsus. ff. rem ratã haberi.* Gl Abb & cæteri *in c. de sent & re iud.* sicut in præsenti casu factum narratur. Audita enim sententia, qua omnes tres fratres cõdemnati sunt ad soluendũ Principi siue Cameræ eius debita defuncti fratris, omnes intra decẽ dies coram Principe grauamina exposuerũt, & de tali sententia sunt conquesti. Etenim hæc regula præsupponit procuratorem falsum in iudicio & sic nomine alterius absq; mandato ad iudicium accessisse, sed in proposita specie id non euenit, quia Eucharius non comparuit coram consiliariis Principis, suo, & fratrum nomine. Non dixit, non egit quicquam nomine eorum, quare illa regula nihil obstat. Quanquam aduersus illã iuris regulam aliis tribus rationibus tuti sunt isti fratres. Prima ratio est, quia † memoratæ regulæ non est locus in 25
his, in quibus mandatum speciale requiritur, vt est Gl. notab *in c. nonnulli. in verbo, speciali. de rescrip.* Felin. *in c. causam. 1. n. 9. vers. fallit tamen primo. de iudiciis,* sed in proposito mandatum speciale requirebatur, ad obligandum fratres istos, & ad agnoscendum debita alterius, adeundamque hereditatem, vt supra dictum est. Igitur illa regula nihil obstat.

Secunda est ratio, quia supradictæ regulæ locus non est, vbi gesta à falso procuratore sunt in audientia, seu in † auditorio Principis, quasi in auditorio 27
Principis detestabile sit falsum procuratorem comparere *arg. l. vlt. C. de his, qui à non domi. manu.* tradit Innocentius *in c. ex parte decani. de rescrip.*

Tertia ratio est, quoniam, vt infra ostendemus in sequenti quęstione, talis sententia fuit nulla, & inualida, ac iniusta, vnde locus est regulæ contrariæ, quæ habet, per appellationem, & † querelam non censeri 28
ratificationẽ inductam *l. si expressim ff. de appella.* Glos. Panorm. & reliqui *in c. 1 de sent. & re iud.* Vnum tamen iis adiicere placet, q si duo fratres superstites heredes essent † Eucharii defuncti (cuius tamen rei nulla fit 29
mentio in casu nobis ꝓposito) tenerentur approbare gesta per eum, *ex l. cũ à matre. C. de reuend.* & ex traditis per Ruin. *in cons. 42. lib. 5.* Arium Pinell. *in l. 1. C. de bonis maternis. in 3. part. n. 81.* Sed hoc intelligendũ foret respectu partis, & ratæ tangentis ipsum Eucharium, & sic pro tertia parte obligati essent ad soluendum fratris defuncti debita, posito scilicet, quod ꝓ sua parte Eucharius diceretur agnouisse debitum fratris defuncti. Sed quoniam, vt in prima quæstione ostendimus Eucharius ipse non agnouit debitum fratris ob comparitionẽ supradictam, auditionẽ rationum, & alia, quæ dixit & fecit, res est in tutissimo portu pro istis duob. fratribus, vt scilicet nullo modo obligati sint ad soluẽda fratris defuncti debita, licet heredes Eucharii mortui essent q tamen nobis non constat.

Tertia quæstio proposita talis est, an nõ dicta sententia, vel decretũ nullũ sit, & inualidũ, & ex capite nullitatis impugnari possit, & qua via seu quomodo id fieri debeat. Circa primũ mẽbrum q̃stionis an ex capite nullitatis impugnari possit sentẽtia, respondemus eam omnino impugnari posse multis rationib.

Primo ex defectu iurisdictionis. Cũ enim præsupponatur in facto tres fratres cõdemnatos ea sentẽtia, & de-

& decreto nō esse subditos iurisdictioni illius Principis, cuius Camera, seu magistratus, vel consiliarii
30 tulerunt sententiam, sequitur sententiam † ex defectu iurisdictionis esse nullam, & inualidam. *l. præses prouinc. ff. de offic. præsid. l. qui ne iur. C. qui dare tuto. possunt. l. 2. C. de off. pr. f. vrbis* Ancharanus *cons. 259. col. 1.* Aretinus *cons. 134. & cons. sequenti.* cum aliis à Sebastiano Vantio citatis *in tractat. de nullitate tit. de nullitate ex defectu iurisdict. ordinariæ num. 100.*

31 Et hæc nullitas ex defectu † iurisdictionis etiam in Camera Imperiali attenditur, vt testatur Andreas Geil. *lib. 1. pract. obs. c. 42. n. 8.*

32 Non obstat si dicatur fratrem defunctum † ratione præfecturæ & eorum quæ gessit cum Principe supradicto subiectum fuisse illius iurisdictioni, & foro, *iuxta c. vlt. de foro compet.* Rota *decis. 464. si quaritur. in nouis.* & Vantius *loco nuperrime citato.* Consequenter & fratres memoratos eidem foro, ac iurisdictio-
33 ni subiectos esse, quia heres † sortitur forum defuncti. *l. heres ff. de iudiciis.*

Quoniam id procederet si dicti fratres adiuissent hereditatē fratris defuncti, sed cum semper protestati fuerint, etiam coram dicto Principe, siue eius magistratu Eucharius fuerit protestatus, se velle declarare vna cum aliis fratribus de hereditate fratris defuncti adeunda, vel repudianda, & nec nullo modo probatum sit eos heredes esse cum effectu, hoc est, hereditatem adiuisse, vt dictum est latius in prima quæstione, sequitur, nos non esse in casu dict. *l. heres ff. de iudiciis.*

Secundo, nulla est sententia supradicta, ex defectu citationis, non enim memorati duo fratres ac ne ipse quidem Eucharius legitime citati fuere, ad audiendam huiusmodi sententiam. Licet enim fuerint iussi ab eorum Principe, vt comparerent coram altero Principe, eique responderent ac ita se gererent, vt posset Princeps ille contentus esse, non tamen hæc est citatio legitima, & prout de iure requiritur, ex traditis latissime per Sebastianum Vantium *in eodem tracta. de nullitate. tit. de nullitate ex defectu citationis,* vbi,
34 *num. 30* dicit citationem talem † esse debere, vt certior esse possit citatus de actu faciendo, & illi contradicere, si autem sit æquiuoca vel obscura (prout in casu nostro) non valere.

35 Porro defectum citationis reddere † sententiam nullam latissime probat ibi Vantius in principio, cuius allegationes, & iura describenda non putauimus, cum conclusio hæc sit satis, & hodie satis vulgatus, & communis.

Tertio, nulla est ex defectu mandati, non enim Eucharius, qui comparuit, mandatum habuit comparendi ab aliis fratribus, & aliquid dicendi, vel proponendi nomine eorum, vt iam diximus in secunda quæstione, imo nec nomine ipsorum fratrum egit quicquam, vnde nullo modo fratres isti condemnari potuerunt absentes, non citati, & inauditi, & sententia cōtra eos secuta penitus est nulla. In quocunque enim iudicio quantumcunque summario legi-
36 timatio personarum † requiritur, alias iudiciū non valet, vt probat textus & ibi Gl. *in l. 1. § si ea ff. de ventre in poss. mitt.* quem in hanc sententiam citauit Baldus *in l. vlt. q. 5. C. de edic. di. Adr. toll.* Baldum secuti sunt Iason *in rub. C. qui admitti. num. 4.* Crauetta *cons. 104. n. 1.* Neuizan. *cons. 18. n. 4.* alios citat Menoch. *de recuper. poss. remed. 15. n. 273.*

Et quod ex defectu mādati procuratoris siue cō-
37 parentis alieno nomine † nulla sit sententia, late docet idem Vantius *in tit. de nullitate ex defectu mandati.*

Si dicatur coniunctum pro coniuncto comparere posse absque mandato agendo vel defendendo *l. exigendi. C. de procurat. cum simil.* 38

Respondemus Eucharium nomine aliorum fratrum non comparuisse. Deinde dicimus cōiunctum non posse comparere pro coniuncto absque mandato, in iis casibus, in quibus mandatum speciale requiritur, sicuti in prima quæstione diximus, vbi etiam ostendimus mandatum speciale hoc in casu necessarium fuisse, propter aditionem hereditatis quæ mandatum speciale requirit, & sine qua aditione comparitio ad causam illam debitorum fratris defuncti fieri non potuit.

Non enim potest aliquis ex facto defuncti conueniri, nisi sit heres illius, cum vnius factum & obligatio alteri non noceat, nec ad alterum extendatur *l. si vnus § ante omnia ff. de pact.* cum aliis vulgatis & supra à nobis late deductis in prima quæstione.

Postremo nullam esse dicimus memoratam sententiam ac decretum, quia processus iudicialis seruatus non fuit, nec in ferenda sententia vlla forma, ac iuris solemnitas seruata fuit. Non libellus porrectus, non lis contestata, non sententia in scriptis lata, non iudice sedente pro tribunali, nihil denique eorū factum, & obseruatum fuit, quæ leges fieri, & obseruari mandant, de quibus latissime idem Vantius *in titul. de nullitate ex defectu processus & solemnitatis, ac formæ ipsius sententiæ.*

Quod attinet ad secundum membrum quæstionis, qua via & quo modo id fieri debeat, & in qua via, & modo hæc nullitas proponi, & obiici debeat.

Respondemus nullitatis dictionem de iure proponi debere coram iudice superiore, qui † est iudex 39 appellationis, vt docet Vantius *in tracta. de nullitate tit. coram quo nullitas proponi debeat. n. 8* & Andr. Geil. *lib. 1. pract. obser. c. 127. num. 7.* vbi dicit, id vsu frequenti obtinuisse. Consequenter coram supremo tribunali Cameræ Spirensis erit proponenda.

Modus autem de nullitate dicendi est ille, quem docet Vantius *in cap. de tracta. de nullitate tit. quot, & quibus modis in iudicio proponi nullitas debeat. num. 84.* vt scilicet nobile officium iudicis imploretur præmissa scilicet narratione grauaminum & nullitatum, instentque ac petant, per suam definitiuam sententiam pronunciari, & declarari, decretum sæpe dictū, ac sententiam ex defectu iurisdictionis, citationis & mandati, & aliis ex causis supradictis nullam, & nullum esse, irritum, & inane, nullasque vires habuisse, & habere, & pro casso, irrito & inualido habedum, & quatenus de facto processit tollendum & amouendum, & omnia in pristinum statum deducenda esse cum condemnatione partis aduersæ in expensis, damnis, & interesse.

Nec in proposito casu locus est ordinationi Cameræ, cuius meminit Andr. Geil. *lib. 1. pract. obser. cap. 1. num. 17. & c. 120. num. 3* quod scilicet coram † iudicibus ordinationis: Vermög der Außträg, res sit tractanda, & deducēda, quia locus est ordinationi Cameræ, quādo aliquis est actor & vult Principem Imperii conuenire, qui casus non est noster, quia consulentes sunt rei conuenti à Principe. Nec ita extraiudiciali, et grauati sunt à Principe, vt idcirco vellent eundem principem conuenire, & ab eo aliquid petere, sed volunt de nullitate dicere sententiæ contra eos latæ. Quia vero iudex nullitatis † cognoscere 41 potest super meritis causæ principalis, & sic totam causam, & negocium principale cognoscere, ac terminare 40

miliare, sicuti declarat post alios quos citat Andr. Geil. *lib. 1. pract. obser. c. 127. in princ.* Et in Camera præ-
41 sertim merita † causæ attendi solere, vt tradit idem Geil. *d. lib. 1. c. 75. & alibi* Ideo bene considerent iura sua, aut enim nolunt esse heredes fratris defuncti, & tunc res est tuta pro eis, si modo se hactenus non immiscuerint, hereditatemq; adiuerint. Non enim tenentur ad solutionem debitorũ fratris defuncti, nisi sint eius heredes, vt supra latius est deductum in prima quæstione, & est res clarissima, ac indubitata, & nullus iudex eos cogere poterit, hæcq; sola ratio, ac fundamẽtum coram quocunq; iusto iudice eos tuebitur sed si velint heredes esse cum beneficio inuentarii, illud legitime confectũ producant, offerantq; se paratos ad soluẽdum debita fratris iuxta vires hereditatis, & beneficiũ ipsius inuentarii quod eosdem indemnes præstare debet, sicuti in sequẽti quęstione ostendemus, & de tertia quæstione hactenus. Quarta igitur & quinta quęstio est, an quia dicti fratres curarunt heri inuentarium legitime, mediante eo possint hereditatem fraternam adire, & ex ea hereditate pro rata soluere creditoribus, ita, vt non cogant, contra eorum voluntatem soluere aliquid vltra de suo proprio, & sic vltra vires hereditatis fraternæ. Respondemus certum esse, quod si inuentarium legitime confecerint, illud operatur, vt nullum damnum sentire debeant, sed ex bonis hereditariis ac pro rata, & iuribus ipsorum bonorum soluere creditorib.
43 poterunt quæ defunctus debuit, nec † vllo modo de propriis bonis satisfacere tenebuntur. Ita enim clare statuit Imperator *in l. vlt. §. et si præfatam. C. de iure delib.* ibi, *nihil ex sua substantia heredes penitus amittant.* Illa enim dictio NIHIL est vniuersalis negatiua *l. si is qui ducenta §. vtram ff. de reb. dub.* & ita omnes vno ore interpretes docent ibi, & late alios citans Rol. à Valle *in tract. de confect. inuentarii. in 4. part. in princ.* Sed difficultas esse videtur vtrum nunc adire possint hereditatem mediante inuentario, & sic cum beneficio inuentarii. Nam post mortem fratris coram Principe supradicto, siue cõsiliariis ac magistratu ipsius videntur declarasse, ac protestatos fuisse, se deliberare velle super aditione hereditatis fraternæ. Vbi autem
44 heres confugit ad beneficiũ iuris deliberandi † non potest postea gaudere beneficio inuentarii, vt dicit text. *in d. l. vlt. § fin autem hoc aliquis fecerit. C. de iur delib.* Sed tamen respondemus eo non obstãte, dominos consulentes adire posse cum beneficio inuentarii legitime confecti, regulariter enim omnis heres ex testamento vel ab intestato potest adire cum tali beneficio, & commodo, vt patet *ex d. l. vlt. C. de iure delib.* Non obstat text. *in d. § fin autem hoc aliquis.* quia ille textus loquitur quando heres petit à iudice tempus ad deliberandum, sed in casu nostro non petierunt tale tempus. Et illa protestatio coram Principe siue magistratu facta fuit ab Euchario, ne ex eo, quod audiret rationes defuncti, & compareret, videretur hereditatem adire, & debita defuncti fratris agnoscere. Deinde quia talis declaratio, ac protestatio facta fuit ab Euchario solo, sine mandato reliquorũ fratrum, vnde quoad eos nihil operari potest, quia factũ vniꝰ alteri non nocet, vt diximus late in prima quęstione.

Postremo quia conclusio, quæ habet, heredẽ petentem tempus ad deliberandum super aditione hereditatis, amittere inuẽtarii beneficium, locum non habet quando heres à principio inuentarium conficiat, tunc enim ratio illius conclusionis cessat. Ratio
45 enim † illius conclusionis est, quia cum heres petit tempus ad deliberãdum lex præsumit quod tempus id petatur ab ipso herede, non vt deliberet, sed vt expilet, & subtrahat res hereditarias. Hæc ratio cessat cum heres à principio facit inuentarium, ita docet Castr. & Iason *in d. § fin autẽ hoc aliquis fecerit.* Francisc. Marcus *decis. 28. in 1. part & decis. 488. in 2. part.* Rolan. à Valle *de confect. inuentarii part. 4. § sed quid dicimus de herede.* Sed in proposito nostro heredes inuentarium fecerũt à principio, nempe post trigesimum à fratris morte, vt in facto narratur, ergo patet eos nõ habuisse animum malignandi, & subtrahendi res hereditarias, per consequens non habet locũ supradicta conclusio, & gaudere debent beneficiis, & commodis inuentarii legitime confecti.

Vltima est quæstio an memorati fratres teneantur comparere in iam vltima dicta die, vel si honeste recusare possint se venturos ista die, & petere possint ac dicere iuridice prius, eos conueniri debere, & an petitioni eorum Princeps & dominus ipsorum annuere iure debeat, & quomodo possint, ac debeãt istam suam exceptionem, seu excusationem pretendere ac proponere, vt nulla inde sequi possit indignatio seu disgratia domini Respondemus eos non teneri die dicta cõparere, & petere posse se prius iuridice conueniri debere, & consequenter Principem ac dominum eorum admittere debere eiusmodi excusationem ac eorũ petitioni & desiderio annuere debere.

Hanc sententiam nostram confirmamus ex eo q dies dicta 25. Maii est illis statuta, vt cõponent amicabiliter cũ querulãte Principe. Ita enim narratur in facto, sed non potest Princeps mandare alicui † suo 46
subdito, vt cõponat se cũ aduersario, vel transigat, quia potest subditꝰ eligere viã iuris, ac iudicii, nec ad trãsigendum vel componendum cogi potest *tex. in § quia vero. in auth. vt litigã. iu. iurent, &c.* vbi Angel dicit illum text. esse notabilem pro iis, qui coguntur à superiore compromittere lites eorũ aut facere pacta vel transactiones, talia. n. compromissa, pacta, vel transactiones nullius sunt momenti. Ad idem est textus, quem ibi Bald notat *in l. ex simulatione. C. de sent. & interloc. omn. iud* Et idem docet Gloss. *in l. furti § qui iussu ff. de his qui not. infam.* q notant ac probant ibi Bar. & Alb. Ad idem text. & ibi Bal. *in auc. vlt. de resp ript. & alii plur.* quos refert & sequitur Ias. *in l. quidã ff. arbitrarũ n. 4. ff. si cert pet* Marsil. *in cõs. 98. n. 1.* & isti ponũt tres limitat. hanc regulã & conclusionẽ, quarũ nulla casui nostro applicari pőt Prima est limit. qñ timor est ne partes veniant ad arma Secũda, qñ diu litigarũt, & res est dubia. Tertia in Papa & Imp. quia isti possunt cogere partes ad cõcordiã & transactionẽ. Nec obstat, si dicatur longo tempore iã durasse cõtrouersiã hanc inter Principem [illegible], & inter fratres, quia nunq̃ litigarũt hactenꝰ iudicialiter, nec diuturnũ tẽpus lapsum est, nec res est dubia, sed clara ad fauorẽ fratrum istorum, quod scilicet non teneantur soluere debita fratris defuncti, nisi velint heredes esse, vt sæpe ac late supra deduximus.

Modus autem allegãdi & deducẽdi istã [illegible] excusationẽ, ne Principis ac Dn. eorum indignationẽ seu disgratiã subeant illi nobis videtur Vt [illegible] reuerẽtia exponãt Principi suo, se de hac re consilium à iurisprudẽtib. petiisse, & quidẽ ab vno [illegible] tis collegio, & q illi accurato studio, ac diligenti, re omni perpensa ac discussa responderint eos non teneri ad comparendum ac transigendum amicabiliter cum Principe sæpe dicto, quod responsum illud etiam exhibeant. Cum enim Princeps † præsumatur 47
iustitiæ amator, vt late Crauetta respondit *in consil. 253. num. 4.* Et quod vel plus velit, quam lex ipsa vult, vt scripserunt Calcaneus *in consil. 120. num. 8.* Decius *in cons.*

in conf. 80. nu. 1. & Gozadinus conf. 101. num. 10. & talis præsumatur mens Principis, qualis est lex, & eius ratio, vt respondet Decius conf. 6, existimandum est Principem bene informatum non aliud desideraturum, quam quod iuris est, & consequenter non ægre laturum, si memorati fratres nolint comparere, sed via iuris experiri, ac se defendere. Quod si forte dictus Princeps (quod non credimus) vellet eo non attento cogere illos ad componendum, ac trāsigendum iuste poterunt tanquam grauati extraiudicia-
48 liter † ad supremum tribunal Cameræ Spirensis recurrere & appellare tanquam ad superiorem sicuti explicat Andr. Geil. *lib. 1. pract. obser. c. 120. n. 2. 3.*

Deinde deducant, & narrent eidem Principi ac domino suo hactenus inauditum, & decretum fuisse contra eos a Consiliariis Principis illius, quod eos condemnarunt ad fratris debita soluenda, non citatos, non auditos, & nullo iuris ordine seruato. Et quod de maximo præiudicio agitur, non de re leui, ac modici momenti, vnde non debet illis præiudicium inferri *iuxta iura vulgaria*. Et postremo dicant quod cum causa iudicialiter tractabitur, & de iure Principis constabit, parati erunt omnia facere, quæ
49 iuris erunt, nunc enim † ignorant defuncti fratris iura, & facta, *iuxta l. qui in alterius. ff. de reg. iur.* Non dubitamus quin Princeps ille animum huic honestæ petitioni, & excusationi. Est enim ille Princeps a Deo dele-
50 gatus in terris, vt † inquit Iustinianus *in auth. de hered. & falcid. in princ.* vnde quemadmodum Deus est veritas, vt habetur apud Ioannē c. 14 Ego sum via, veritas & vita, ita etiam veritate moueri debet. & ita per-tria. late Socinus iun. *conf. 69. nu. 10. lib. 1.* faciunt quæ in hanc sententiam late deducit Iacob. Menoch. *lib. 2. de præsump. præs. 9 & 10.*

Atq; ita iuris esse existimamus, saluo melius sentientium iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro nobilibus Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII XXXIII.

Tres quæstiones in materia feudali discutiuntur. Primá, an feudum concessum alicui & heredibus sit hereditarium, & transeat ad omnes heredes. Secunda, an feudū emptitium transeat ad omnes heredes. Tertia, an feudum pro quo annuus census præstatur sit subiectum regulis feudalibus.

SVMMARIA.

1 *Heredis appellatione omnes significantur successores.*
2 *Tenor inuestituræ præualet feudorum regulis.*
3 *Heres succedit in omne ius defuncti.*
4 *Verba illa pro se & heredibus in inuestitura feudali efficiunt feudum hereditarium.*
5 *A verbis recedendum non esse.*
6 *Feudum emptitium transit ad omnes heredes.*
7 *Siue sit à domino emptum, siue ab alio.*
8 *Feudum pro quo annuus census præstatur transit ad heredes. & infra, num 24.*
9 *Verba pro se & heredibus requirunt iustam qualitatem, vt sit heres.*
10 *Et debet esse heres primi acquirentis, & vltimo defuncti.*
11 *Proximior tamen succedet licet non sit heres, quando ei hereditas non est delata.*
12 *Contraria sententia verior.*
13 *Natura successionis feudi.*
14 *Ascendentes non succedant in feudo.*
15 *Hodie vsque in infinitum agnati succedunt in feudo.*
16 *Feudum receptum pro se & heredibus an sit hereditarium.*
17 *Et an admittantur extranei heredes.*
18 *Verba intelligenda secundum materiam subiectam.*
19 *Verbum heres in feudo significat filium masculum.*
20 *Contrahentes censentur se conformare cum iuris dispositione.*
21 *Inuestitura pro se & filiis differt ab inuestitura pro se & heredibus.*
22 *Et qualiter probandum sit quod descendentes heredes sint primi inuestiti.*
23 *Verba pro heredibus intelligenda sunt pro filiis in feudo.*
24 *Feudum emptum habet veram & propriam feudi naturam, & idem in feudo pro quo annuus census præstatur & non personale seruitium.*

Christi redemptoris præsidio humiliter implorato.

IN præsenti facti specie, vt ex actis ad nos transmissis colligitur, omnis quæstio ac difficultas in hoc est posita, vtrum bona feudalia quæ Samueli Wilpenhofero obuenerunt, eo nunc nullis liberis relictis defuncto pertineant ad liberos Fœlicitatis, qui sunt ex descendentib. Io. Wilpēhoferi qui à diuersis personis emptionis titulo illa acquisiuit & ab Illustrissimo & Reuerendissimo Dom. Archiepiscopo S. fuit inuestitus pro se & suis heredibus, an vero ad Virgilium Auer. heredem proximiorem ipsius Samuelis nempe fratrem vterinum matris ipsius Samuelis, licet non ex descendentib. dicti Ioannis primi inuestiti, & primi acquirentis dicta feuda pro se & suis heredibus. Et quoniam in concessionis & inuestituræ tenor dictorum feudorum est pro se & heredibus, & tam masculis quam fœminis. & emptum fuit precio numerato, ac pro eo non personale seruitium præstari debet, sed census annuus illa ad ...lem & celebrem controuersiam ingredimur an huiusmodi feuda dicantur esse hereditaria, ad hunc effectum, vt ad omnes heredes ad instar aliarum rerum hereditariarum & allodialium pertineant, an vero ad descendentes tantum, licet non sint heredes quasi illud verbum *heredib.* pro filiis in hac materia sit accipiendum, vtrum sit necesse, vt descendentes sint heredes & quomodo tota hæc species ab inuestitura sit accipienda. Deinde illam quæstionē de feudo emptitio, an secundū regulas feudales interpretari ac terminari debeat, an potius secundum regulas quæ seruantur in cæteris rebus allodialib. & patrimoniorum nostrorum. Denique illa etiam disputatio huc pertinebit, qua in dubium reuocatur circa feudum pro quo annua pensio soluitur, sibi ... ne iuribus aliorum feudorum, an potius tractari debeat iuxta formam iuris, quæ in locationibus aliarum rerum allodialium obseruari solet.

Igitur omnibus diligenter pensatis ac discussis prima (quod aiunt,) specie videbatur nobis respondendum dicta feuda pertinere debere ad Virgilium Auer tāquam proximiorem dicti Samuelis, & ipsius heredem, qui in aliis bonis successit absque controuersia, non autem ad liberos Fœlicitatis supradictæ, ita nobis videbatur respondendum ...

argumentis & fundamentis. Primum est, quia feuda
hæc concessa fuerunt Ioanni auo dicti Samuelis vlti-
mo defuncti. pro se & suis heredib. Hæc est enim na-
tura & vis huiuscemodi inuestituræ pro se & suis he-
redibus, vt feudum deuoluatur ac peruenire debeat
ad heredem defuncti vasalli, siue sit ex suis & descen-
dentibus, siue sit extraneus, dummodo sit heres,
sed Virgilius Auer est heres dicti Samuelis, vt præ-
supponitur absq; omni controuersia, tanquam pro-
ximior ipsius, ergo ad Virgilium Auer hæc feudalia
bona pertinere ac peruenire debent.

Illa maior propositio quod nimirum talis sit vis,
natura & interpretatio dictę inuestiturę pro se & suis
heredib. probatur lege, ratione & authoritate Dd.

Lege quidem. Nam heredis appellatione omnes
1 significãtur † successores. *l. heredis ff. de verb. sig.* & sic tam
sui quam extranei, vt patet *ex toto tit. ff. & C. & instit. de
heredib. instituen. & de heredũ qualitate & differ.* vbi distin-
guuntur plures heredũ species, quorũ aliqui sunt sui,
aliqui extranei, vt patet. Cum igitur inuestitura ita sit
concepta p se & suis heredib. videntur esse tã de suis
heredibus accipienda quam de extraneis, cum & ex-
tranei heredes dicantur. Non obstat si dicatur feuda
nõ transire ad extraneos heredes, sed ad descendetes
duntaxat & agnatos, & collaterales, iuxta distinctio-
nem ipsorum iurium & consuetudinum feudalium,
2 quia non est inspicienda natura feudi, sed tenor † in-
uestiturę, is enim præualere debet, ante omnia inspi-
ci & potissimum attẽdi, *c. 1. de feudo non habẽte propriam
naturam feudi. c. 1. de duob. fratrib. à Capitaneo inuesti. c. 1. §.
nulla. per quos fiat inuestitura.* Zasius late *de feudis. part. 8.
n. 49.* And. Geil. *lib. 2. obs. 50. n. 15.* Pistor. *q. 1. n. 60. in pri-
ma parte quæst. feud.* Neuiz. late *in cons. 10.* & Curt. iun.
in cons. 10. circa fin. Pistor. *lib. 2. quæst. iu. part. 1. q. 3. n. 3.*

Consequenter cum talis sit inuestituræ tenor qui
omnes heredes cõprehendat, vt dictum est, eius tan-
tum tenoris videtur esse habenda ratio, non autẽ iu-
rium & consuetudinum feudalium. Ratione quoq;
3 probatur hæc sentẽtia quoniam heres † in omne ius
succedit defuncti *l. heres in omne ff. de acq. hered. l. heredi-
tas. ff. de verb. sign. l. cũ heredes ff. de acq. poss.* & sic succedere
debet etiam in bonis feudalib. si pro heredibus con-
cessa sint. Authoritate vero probatur: quia hæc vide-
tur esse magis communis Dd. sentẽtia quod nimirum il-
4 la verba feudalis inuestituræ † *pro se & suis heredib.* effi-
ciant feudum, vt vocant, hereditarium, ita vt de eo sit
iudicandum sicut de qualibet alia re hereditaria, at-
que adeo in tali feudo iure hereditario succedatur.

Inprimis ita docuit Andr. Isern. *in c. 1. an agnatus vel
filius & in c. 1. § hoc quoque. de success. feudi.* quatenus do-
cet, feudum tale pro se & suis heredib. iudicari sicut
quamlibet rem hereditariam, & in hereditatis peti-
tione venire. Item Alex. *in cons. 9. n. 8. lib. 5.* Iason *ad l.
2. nu. 113. col. pen. vers. & quamuis Baldus. C. de iure emphyt.*
vbi dicit feudum receptum pro se & heredibus esse
quid hereditarium, & ideo posse quempiam de eo
disponere, vt de re hereditaria. Curt. iun. *in cons. 1. nu.
13. vers. confirmantur premissa.* Io. Campegius *inter cons.
Bruni. cons. 9. nu. 8. 9.* Sigismund. Loffredus *in cons. 1. nu.
30. & n. 46.* Paris. *in cons. 1. n. 6. 7. & 8. lib. 1.* Iacobin. Ri-
minaldus *in cons. 305. num. 17. & 20. lib. 2.* Hos & alios
quamplures in hanc sententiam citat Hartman. Pi-
stor. *in 1. part. quæst. iuris lib. 2. c. 1. n. 57. cum plur. seq. & q. 3.
& q. 14.* vbi testatur hanc esse magis communem Dd.
sentẽtiam. Nec obstare videbatur si diceretur veram
non esse hanc sententiam, quia verbum *heres*, in feu-
dalib. significat heredem sanguinis, secundum Bal-
dum *in cap. 1. de eo, qui sibi & heredibus suis.* quoniam
hæc sentẽtia communiter reprobatur Alexandro te-
ste *in cons. 19. nu. 11. vers. non obstat etiam si diceretur. lib. 5.*
& Pistorio alios commemorãte *lib. 2. quæst. feudalium.
q. 3. n. 44.* Deniq; obstare non videbatur quod ex iuri-
bus feudalib. habeatur verbum *heres*, idem significa-
re quod filius *vt in c. 1. §. & si clientulus. de alien. feudi & alibi.*
quoniam id locũ habere potest vbi heredis fit men-
tio in ipsis legibus feudalibus, secus vero vbi verbum
heres ponitur in inuestitura feudali, quia tũc non vi-
detur esse recedendum à propria verbi significatio-
ne nisi aliter constet † de mente concedentis. *l. nõ ali- 5
ter. de leg. 3* Est autẽ ea dicti verbi significatio, vt com-
prehendat omnem heredem, vt dictum est, ita ex a-
liorum quos citat mente respondet Pistorius *loco pro-
xime citato. n. 46.* Atque hoc est primum argumentum
quod nos ancipites reddebat.

Secundum est argumentum, quia bona feudalia
de quib. agitur, empta fuere precio conuento, vt di-
ctum est. Feudum autem emptitium, vt vocant, non
subiicitur iuribus & regulis feudalibus, sed in eo suc-
ceditur, vt in aliis rebus hereditariis & patrimoniali-
bus, neque enim est proprie feudũ quia non ex amo-
re & gratia procedit, sed ex precio, & ideo transit et-
iam † ad extraneos heredes ita Ludouic. Roman. & 6
Alex. *in l. etiam. ff. sol. matr.* Socin. *cons. 9. col. 3. lib. 1.* Nat-
ta *in cons. 159. n. 14. lib. 1. & 226. n. 5.* Ita dicimus quod li-
cet fœmina non succedat regulariter in feudo, atta-
men admittitur ad feudum pecunia emptum secun-
dum Odofred. referente Baldo *in c. 1. §. hoc autem. ad fi-
nem vers. quid in feudo iure empto. tit. qui feud. dare possunt.*
Roman. *in cons. 367. n. 12.* Decius *269. n. 4.* Brun. *in cons.
11. nu. 7.* Clarus *§. feudum. q. 73. vers. sed quid in feudo.* Ro-
lan. *in cons. 18. n. 10. lib. 3.* Hippol. Riminal. *in cons. 256.
n. 12. lib. 3.* Tiber. Decian. *in cons. 58. n. 49. lib. 2.* Andreas
Geil. alios citans & hanc sententiam in Camera ob-
seruari attestans *lib. 2. obser. 159. n. 3. 4. & 5. & seq.* Et de-
nique tale feudum censeri feudum hereditarium, &
regulari secũdum patrimonium & hereditatem do-
cet Andr. Isernia *in c. 1. § quid ergo. de inuestit. de re aliena
facta.* Menoch. *in cons. 498. n. 15. 16. 17. & 18. lib. 5.*

Et hæc cõclusio locum habet siue feudum ab ipso
Domino fuerit † emptũ, siue ab alio, quia est eadem 7
ratio, vt respondit late Tiber. Decian. *in cons. 58. n. 49.
lib. 2.* vbi alios citat Menoch. *d. cons. 498. n. 18. vers. nec
obstat. lib. 5.*

Tertium argumentũ est, quia pro huiusmodi feu-
do non debet aliquod personale seruitium præstari,
sed census quidam annuus, quo casu feudum ad ex-
traneum heredem transit amittens feudi † naturam, 8
& induens naturã locationis & contractus ad omnes
heredes transitorii, *iuxta l. veteris. C. de contrah. & com-
mitt. stipul. l. viam veritatis. C. locati* ita Bald. *ad tit. de pace
Constantiæ. in verbo, liuellarum. ad fin. & in l. liberti. col. vlt.
C. de ope. liber.* Aretin. *ad l. Gallus. §. etiam si parente. ff. de lib.
& posthum.* Natta *in d. cons. 159. n. 15. lib. 1.* Andr. Geil. *lib.
2. obser. 159. n. 5.*

Quartum argumentum est specialiter contra li-
beros Fœlicitatis, quia nullo modo admittendi esse
videntur, cum heredes non sint Samuelis vltimo de-
functi. Nam cum inuestitura facta sit Ioanni, pro se
& suis heredibus, ex communi Dd. sententia, necesse
est, vt qui succedere in tali feudo prætendit, heres
sit, alioquin verba inuestituræ non conueniunt, &
consequenter nec ipsa inuestitura. Est enim duplex
sentẽtia Dd. hac de re, quarum alterutra liberos Fœ-
licitatis excludit. Vna est, illa verba inuestituræ pro se
& suis heredib. denotare qualitatẽ successionis. quasi
videlicet feudum hoc in casu sit res hereditaria, & in

eo succedatur, vt in re hereditaria, & hæc sententia excludit liberos Fœlicitatis, & Virgilium Auer eorũ aduersarium ad successionem admittit, quia ipse est heres vniuersalis, & successit in alijs bonis allodialib. vt supra late deduximus. Altera est sententia, φ dicta verba inuestituræ *pro se & suis heredib.* nõ denotãt qualitatẽ successionis, sed qualitatẽ successoris, qui videlicet sit quidẽ ex descendentib. sed tamen qualitatem istam habeat φ sit heres, ita vt non sufficiat eum esse ex liberis & descendentib. nisi etiam sit heres. Et hæc sententia, vt dictũ est, ipsis liberis Fœlicitatis maxime aduersatur, quia heredes Samuelis non sunt vltimo defuncti. Quod vero illa verba inuestituræ *pro se & suis heredib.* denotẽt qualitatem successoris, & illud omnino † exigant, vt sit heres, tradunt communiter Dd. Bald. *in c.1. de eo qui sibi & heredib. suis masculis.* Decius *in cons.185. nu.5. & 8. nu.5. & cons.208.* Paris. *in cons.23. n.175. n.187. lib.1. & cons.65. n.10. lib.3.* Marianus Soc. iun. *in cons.80. nu.17.18. & 112. nu.10.14. lib.2. & 72. n.3. lib.1.* Hippol. Rim. *in cons.18. nu.60. lib.* [illegible] Clarus *in § feudum. q.9. vers. nunc prosequendo.* alios plurimos in hanc eandem sententiam commemorat Pistorius *lib. 2. quæst. iuris. part.1. q.13. & 14.*

9

Nec sufficit eũ qui vult succedere vltimo morienti heredem esse primi † acquirẽtis, sed debet esse heres etiam vltimo defuncti, si succedere velit in feudo, ita Curt. iun. *in cons.38. n.34.* Soc. iun. *in cons.188. n.13. lib.2.* Purpur. *in cons.549. n.1.* Campeg. in [illegible] confil. Bero. *in cons.11. n.3.* Paris. *in cons.16. n.12.* [illegible] Menoch. *in cons.498. n.8. lib.5.* Nat. *in cons.464. & 679. lib.4.* Alciat. *in cons.178. n.*[illegible] Rolan. à Val. *in cons.29. n.5. lib.3.* Io. Bologn. *cons.5. n.23.* Burs. [illegible] *in cons.3. nu.46. & 49. n.*[illegible] alios complures commemorat Pistorius sæpe citata *q.12. n.46. lib.1. quæst. iuris part.1.*

10

Nec obstat si dicatur hanc conclusionem locũ sibi vindicare, quando hereditas proximiori est delata, tũc enim si non sit heres, non poterit etiã in feudo † succedere, secus si hereditas ei delata nõ sit, quia nihilominus in feudo succedet, sicuti docuit Iac. de Beluis. *in c.1. an agnatus vel filius* quem secuti fuerunt Bald. Aluarot. & [illegible] *ibi.* Iacobin. de S. Georgio *in inuestitura feudal.* [illegible] Decius *in cons.208. n.13.* Ruin. *in cons.7. n.11. & 149. n.8. lib.1.* Albert. Brun. *in cons.18. n.15.* Capic. *decis.199. n.2.*

11

Quoniam hæc sententia processit ex quodam errore male scilicet intellecti Iac. de Beluis. is enim *in c. 1. an agnatus vel filius.* illud asseruit de feudo ex † pacto & prouidẽtia non autẽ de feudo hereditario, de quo nostra est disputatio, sicuti animaduertit Harrm. Pistor. *lib.2. quæst. iuris part.1. q.14. n.50.* Et propterea illa sententia sequenda non est: Et contraria verior videtur eũ nempe qui ab hereditate fuerit exclusus, nullo modo ad feudum aspirare posse, Andr. Iser. *in c.1. de succ. feudi.* Bartholom. Socin. *in cons.10. inter consilia* [illegible] *n.11. & 17.* Curt. iun. *in tract. feudor. par.1. q.8. n.20.* Paris. *in cons.* [illegible] *n.7. & in cons.2. n.19. lib.1.* Natta *cons.464.* Rolã. à Valle *in cons.23. n.52. lib.1.* Cæphal. *in cons.224.* & alij à Pistorio citati *loco proxime annotato. n.51.*

12

Verum his & similib. quæ adferri possent non obstantib. contrarium decidatur, nempe feudalia bona de quibus agitur ad liberos Fœlicitatis pertinere ac peruenire debere, eosque succedere debere Samueli vltimo defuncto sine liberis, non autem Virgilium Auer fratrem vterinum matris dicti Samuelis.

Fundamentum vero illud firmissimum nobis videtur, ita, vt in eo liberorum dictæ Fœlicitatis intentio [illegible] sit fundata: quod hæc sit natura † successionis feudi, vt liberis descendentib. agnatis vsq; in infinitum succedatur si feudum sit paternum. *c.1. de natura*

13

success. feudi. Et licet textus dicat ex latere omnes per masculos descendentes, tamen in præsenti [illegible] nõ obstat liberis Fœlicitatis, cum feudũ de quo agitur præsupponatur esse tã masculinum q̃ fœmininũ, ita, vt ex inuestituræ tenore, tam masculi q̃ fœminæ succedere possint, & ex eis descẽdentes, prout etiam hactenus absq; omni cõtrouersia successerũt: tamen secus est in feudo fœmineo, vel si ex pacto succedere possint ẽt fœminæ, vt dicit tex. *in d. c.1. de natura success. feudi. ibi, & non filia nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineũ.* Idem habetur *in c.1. de successio. fratrũ & grad. b. successio. in feudo. ibi nisi eius conditionis sit feudũ vel eo pacto acquisitũ. & in c.1. de eo qui sibi vel heredib. suis masculis & fœminis feudum accepit. c.1. § filia vero. de success. feudi. c.1. quemadmodum feudum ad filiã feudũ pertineat.* Zas. late *in feudu. tit. de feudorũ succ. es. concl.1. n.37. & concl.2. n.46.* Et hæc conclusio nullam habet difficultatẽ, quin feudũ ad fœminas & earum descẽdẽtes trãsire possit, si tale sit pactũ inuestituræ & nullus extet masculus ex descendentib. qui ea excludat vel aliquando excluserit *c.1. tit. epi. vel abb.* Cũ igitur Fœlicitatis liberi ex descendentibus sint primi inuestiti, nempe Io. Wilpenhofer nepotes, satis firmiter intentionẽ suam fundatam habẽt, ex dicta regula successionis feudorũ, probando scilicet [illegible] litatem φ ex dicto Ioanne primo acquirente descenderint secundum tex. & ibi Aluarot. *in c.1. § hoc vero. de success. fratrũ vel graduum success. in feudo n.1.* & late Andr. Gail. *lib.2. obs.149. n.1.* Contra vero Virgilius Auer cũ non sit ex descendentib. dicti Ioannis nec ex agnatis & consanguineis sed prorsus extraneus, nullo iure admitti potest ad successionẽ, quia nullo iure vocatur, nec enim iura feudalia ad successionẽ vocant alios q̃ descendentes & collaterales. Parentes vero † & ascendentes excludũt & multo magis p consequens extraneos. *c.1. de natura succes. feud.* & ibi omnes Dd. Zas. *de feudu. tit. de feudi success. concl.1. n.2.* Hic enim fuit & est in feudorũ successione pgressus. Principio nullã habuerũt successionẽ. Postea receptũ est, vt ad filios peruenirent, in quẽ vellet dominus feudũ confirmare. Deinde ita constitutum est, vt ad omnes filios æqualiter pertineret, masculos tamẽ: processu tẽporis obseruatũ, vt ad fratres fratrũ & filios feuda deuoluerentur. Tandẽ septimus gradus successionis receptus est. Hodie † vero vsq; in infinitum inter agnatos succeditur. *c.1. § & quia. de his qui feuda dare poss. & § hoc quoq. eod. tit. c.1. de natura suc. feud.* [illegible] Extra hos gradus & personas successio non datur. Cum itaq; Virgilius Auer extraneus sit, & neq; filius neq; frater, neq; agnatus dicti Samuelis, sequitur eũ succedere non posse, sed successionẽ pertinere ad liberos Fœlicitatis, qui sunt de sanguine & descendentib. vt dictũ est. Omnis difficultas consistit in tenore inuestituræ, de quo agitur. Nam cõcessa fuere bona hæc feudalia Ioanni primo, deinde ẽt alijs, vt credendũ est, pro se & suis heredib. Hæc n. verba suffragari videntur Virgilio Auer, cũ sit heres Samuelis vltimo defuncti & cõtra liberis Fœlicitatis maxime refragari, cũ heredes nõ sint dicti Samuelis, vltimo defuncti. Vt igitur veritati & iustitiæ iurique & rationi conuenienter omnis hæc difficultas à nobis resoluatur, animaduertendum existimamus, tres extare Dd. interpretationes, illorũ verborum *pro se & suis hered.b.* quarũ primã & secundam non putamus recipiendã. Tertiam vero lõge probabilẽ & amplectendã iudicamus, quæ nec Virgilio Auer suffragari potest & liberis Fœlicitatis maxime fauet.

14

15

Prima est interpretatio ac sententia Dd. qui illa verba, *Pro se & suis heredib.* ita feudũ hereditarium efficiunt, vt transeat ad quoscunq; heredes ẽt extraneos, ad instar aliorum bonorum hereditariorũ & allodialium.

Hæc

Hæc sententia paucissimos habet assertores, si omnes qui allegantur à Pistorio *lib. 2. quæst. iuris part. 1. q. 1. 3. & 14* qui omniũ copiosissime eos recenset, perlegantur. & infirmo nititur fundamento, repugnatque iuribus & regulis feudalibus, consequenter recipienda non est.

Eam sententiam habere paucos assertores inde perspicuum est, quod allegati à Pistorio pleriq; fatentur quidem & docent, illam inuestituræ clausulam efficere, vt feudum sit hereditarium sed non propterea efficere, vt transeat ad extraneos heredes, vt ecce Iul. Clarus *in §. feudum. q. 9. vers. nunc prosequendo.* ita dicit.
16 Quæro an feudum † receptum pro se & heredibus dicatur hereditarium? Respondeo si intelligas hereditarium simpliciter & absolute, id est, quod trãseat ad quoscunque heredes, etiam extraneos, certũ est ꝙ non est hereditariũ: sed si intelligas hereditarium scilicet, in quo nõ possit succedere, nisi qui sit heres, dico ꝙ est hereditarium, & ita tenuit Andr. de Iser. *in c. §. hoc quoq; de succes. feud.* & est cõmunis regula, vt ait Deci. *in cons. 445. n. 8.* Hanc etiam communem dicit esse Campeg. *inter consilia feudalia Bruni cons. 11. n. 3. & seq.* Brun *cons. 24 nu. 1.* Licet enim in materia feudali verbum *hered.* intelligatur de descendentibus & sic ratione subiectæ materiæ, trahatur vltra suam propriam significationem, retinet tamen adhuc suam propriam significationem, & sic includitur vtrumque, scilicet descendentes & heredes alterum ex natura ipsius verbi, alterum ex natura rei super qua pronunciatur. Idem Clarus *quæst. 83. versic. sed quid ita.* dicit quid si feudum sit cõcessum simpliciter pro
17 se & heredibus, nunquid in tali feudo † admittãtur extranei heredes: Respondeo quod licet in hoc articulo inter Dd. variæ fuerint opiniones, tamẽ tenendum est, quod extranei heredes in tali feudo nõ succedant, & ista est communis opin. vt dicit Bald. *in l. etiam. ff. sol. matr.* quem refert Decius *in cons. 185. n. 3. vers. vlterius etiam. & in cons. 395. n. 7.* & Gozad. *cons. 9. n. 52.* & Socin. iun. *cons. 112. num. 8. lib. 2. & cons. 72. n. 26. lib. 1.* Hanc etiam opinionẽ dicit cõmuniter teneri Chaldecin. *in cons. 15 sub tit. de verb. sign.* quem refert Gratus *cons. 4. n. 32. lib. 1.* & dicit Paris. *cons. 2. n. 23. lib 2.* quod ita concludunt communiter omnes, & dicit Socin. iun. *in cons. 103. n. 6 lib. 2.* quod istud est cõmune dictum. Hanc etiam esse cõmunem opinionem dicit Gozad. *in cons 26. nu. 30.* Et ratio est, quia verbum heredib. in materia feudali recipit à lege hãc interpretationem, vt intelligatur solũ de descendentib. ita est cõmunis opinio, vt attestatur Rubeus *in cons. 164. n. 13.* Gratus *cons. 19. num. 41. li. 2.* Bero *q 17. n. 3.* Hactenus ille. Iam Didac. Couuar. audiamus *lib. 2. variar. resol. c. 18. nu. 4. vers. decimo.* scribit in hæc verba. Decimo ex huiꝰ quæstionis resolutione deducitur, feudũ & emphyteusim hereditaria esse si data fuerint Titio & eius heredib. & successorib. licet ex his verbis nõ mutetur propria rei conditio, & hæc verba aduersus eã conditionem heredes extraneos non admittant, sicut docet Alex. & alii *in l. quadã §. nihil. ff. de eden.* Dec. in *cons. 171.* Curtius sen. *cons. penult. col. 4.* Francisc. à Ripa *in l. ex facto. §. vlt. n. 15. ff. ad Treb.* Hactenus ille. Et ita paucis sane exceptis omnes Dd. loquũtur, in fonte à nobis inspecti: ipse potissimum auriga. i. e. And. Iser. *in c. 1. §. hoc quoq; n. 2. de success. feudi.* nihil aliud dicit, nisi oportere, vt agnatus qui succedit in tali feudo sit heres, & quod tale feudum veniat in petitione hereditatis, licet ex his verbis male alii intulerint tale feudũ ex sententia huius Dd. esse tanquam rẽ hereditariam habendam & consequenter ad omnem heredẽ transire, qua de re nullum verbum apud Io. And. Sed & infirmo admodum fundamento nititur illa Dd. assertio. Illud enim est, quia verbũ *heres* omnem successorem comprehendat & sic tam agnatũ & suum, q̃ extraneum. Respondetur enim, vt maxime id verũ sit, tamen in materia feudali aliter esse accipiendũ, nempe pro filio & pro herede sanguinis. Sic enim feudistæ interpretãtur verbum heres, quib. procul dubio standum est, *c. 1. §. & si cliẽtulus. de aliena. feudi. c. 1. apud quẽ vel quos cõtrouers. feudi desinatur. c. 1. de benef. fratris c. 1. de eo qui sibi vel hered. suis c. 1. de duob. fratrib. à cap. inuest. c. 1 §. similiter. vers. profecto de lege Corradi. c. 1. §. hoc quoque. de success. feudi. c. 1 § præterea. quib. mod. feud. amit. c. 1. § & quia vidimus. de his qui feudum dare possint.* Quod cum ita sit, sequitur dicendũ, verbum illud *heredib.* accipiendũ esse pro filiis & descendentib. secundum subiectã materiam. Nam secundũ subiectam materiam verba sunt intelligenda, *l. Insulã. ff. de præscrip. verb. l. si vno. ff. locati. l. si stipulatus. ff. de vsuris. l. dam. infect. in prin. ff de dam. infect.* Et hæc interpretatio secundum † subiectã materiam 18 naturę & proprietati verborũ est pręferenda, secundum Deci. *in l non vult heres esse. nu. 8. de reg. iur. in l. qui accusare. in fi. C de eden. in l. 1. n. 12. C. de mand princ.* Alcia. *lib. 2. de verb. sign. n. 4.* Crauet. *in cons. 211. n. 7. & 145 n. 6.* Idq; vel maxime in feudorũ concessione ac inuestitura procedit Bald. *in c. 1. col. 1 de Cap. Corra.* Iacobin. de S. Georg. *in inuestitura feudali, in verbo q i quidẽ inuestiti. n. 77.* Deci. *in cons. 293. n. 5.* late Menoch. *in cons. 158. nu. 45. lib. 2.* & probatur clare *ex c. 1. § filia vero de success. feudi & c. 1. §. quinetiam. Episcop. vel Abbat.* vbi copulatiua dictio ex feudi natura eã interpretationem recipit, vt ordinẽ successiuum potius q̃ coniunctionem denotet, in terminis nostris, ita respondit Pistor. *in d. q. 1. n. 102.* Nec valet illa replicatio, id procedere, quando verbum *heredib.* in iure feudali reperitur, secus vbi reperitur in inuestitura, & ex pacto est adiectum, quia tunc videtur proprie intelligendum, pro omni herede. Etenim hęc responsio confunditur ex tex. *in c. 1. § & si clientulus. de alien. feudi.* ꝙ verbum, inquit tex. ita intelligẽdum est † in feudo, id est. sine filio masculo. 19
& ex c. . §. similiter. in verbo. profecto. de lege Corradi. Ita enim inquit text. Profecto qui suum beneficiũ alii dat in feudum, non debet alia lege dare, nisi qua ipse habeat, vt si habeat sibi suisq; heredib. (quod intelligi debet de solis masculis) nõ debet alii dare, vt habeat, & sui heredes masculi & fœminæ. Si enim in feudo illud verbum *heres*, sic est accipiendum, vt habetur in tex. supradicto, sequitur ita accipiendum esse etiã in inuestitura feudali, nã tex. dum dicit *in feudo*, est perinde ac si diceret in cõcessione feudi, *siue in feudali conuentione*, & vt nos loquimur in inuestitura & de ipsa concessione & conuentione feudali seu lege, loquitur tex. *in d. § similiter. in ver. profecto.* Et eode fere modo loquuntur omnes alii text. feudales, quib. declaratur verbum *heres*, filium significare, & descendentem. Quod si lex ita hoc verbum intelligit, ac interpretari vult in hac materia feudali, sequitur, vt & secundum eãdem legis interpretationẽ illud verbum etiam à contrahentib. & paciscentib. acceptum esse intelligatur: quia contrahẽtes & paciscentes censentur se † conformare legis dispositioni ac voluntati. *l.* 20
quæro. § inter locatorem. ff. locati. Alciat. *de præsump. reg. 3. præs. 32 nu. 1.* late Menoch. *lib. 3. de præs. præs. 38. per totam.* Actus enim præsumitur factus secundum naturam suam, vt late idem prosequitur *lib 6. de præ. in præ. 9.*

Diximus vltimo hanc interpretationẽ ac sententiam Dd. quod verbum *heres*, ita feudũ hereditarium efficiat, vt ad omnes heredes etiã extraneos transeat, iuri

iuri feudali & eius regulis repugnare. Id vero manifestum est omnibus rationib. Nam primo repugnat iuri feudali eiusq; regulis, vt extranei heredes succedant, vt supradictum est, & nemo negare potest. Hæc autem interpretatio & sententia docet, illud transire posse ad extraneos heredes. Secundo sequeretur absurdum, si extarent & descendentes per virilem sexum, posset vasallus eos testamento facto ab hereditate excludere, & extraneum heredem instituere atque ita efficere, vt contra ius & naturam suam feudum non ad agnatos, sed ad extraneum tanquam heredem perueniret. Tertio, admissa illa interpretatione non solũ masculi heredes sed & fœminæ vocarẽtur ad feudum, dummodo heredes essent, quod absurdum esset, nisi aliter ex pacto conuentum esset, imo vero in arbitrio vasalli esset heredem fœminam instituendo cæteros descendentes masculos excludendo ab hereditate, ita efficere, vt exclusis masculis fœmina succederet. Denique iuris feudalis clara est dispositio & sententia, vt verbũ *heres*, de filio masculo & sic de descendente & herede sanguinis accipiatur. Omnis igitur alia diuersa interpretatio ac sententia regulis iuris feudalis perspicue repugnat.

Secunda est sententia ac interpretatio Dd. illud verbum *heres*, de herede accipiendum esse, nõ extraneo sed ex descendentibus, ac de herede sanguinis ita, vt is qui ad successionem se admitti postulat, non solum ex descendentibus esse debeat, verum etiam heres & successor in hereditate vltimi defuncti. Authores huius sententiæ adduximus antea in argumentis & rationibus dubitandi.

Cæterum hæc sententia non videtur nobis vera nec recipienda multis rationibus & argumentis.

Primum, quia non illa iure probatur. Iure enim feudali ita constitutum est, vt verbum *heres*, pro filio & descendente masculo sit accipiendum, non autem illud etiam requiritur, vt filius sit heres & successor in hereditate. Deinde si coniunctim hæc duo requirerentur, vt quis esset ex descendentibus, & simul etiam heres & successor, sequeretur, non admitti si vnã tantum qualitatem haberet, & sic feudum existentibus agnatis ac descendentibus ad dominũ reuerteretur, non autẽ ad ipsos agnatos contra iura feudalia.

Tertio, considerandum est q; nihil proponitur ex quo talem interpretationẽ accipere debeamus, non enim id regula iuris feudorũ suadet, non etiam verbi proprietas & natura, vt dictum, nec deniq; mens & voluntas contrahentium, aliud enim est, si feudum accipiatur pro filiis & heredibus, aliud cum simpliciter accipitur pro heredib. primo casu requiritur, vt sit filius & heres is qui vult succedere, sicuti late disputant Dd. præsertim Couuar. *lib. 2. variar. resol. c. 18.* sed hoc secundo casu non idem est dicendum, neque

21 enim copulatiua† dictio adest, quæ requirat concursum, & coniunctionem duarum qualitatum.

Quarto, si hæc interpretatio recipiatur, sequeretur, feudi successione agnato delata eum succedere non posse, nisi succedat etiã in hereditate defuncti, q; est contra tex. *in c. 1 an agnatus vel filius.* vbi dicitur, si contigerit vasallũ sine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit.

Quinto nulla est ratio cur debeat esse heres vltimi defuncti, etenim sufficit q; sit heres saltem primi acquirentis, ex cuius pacto, & beneficio ius sibi quæsitum est. Non enim succedit ex eo quod sit agnatus vltimi defuncti, nec illa nititur concessione, quã ipse obtinuit vltimus defunctus: sed ius acquisiuit & habet ex primi acquirentis inuestitura, quatenus scilicet feudum acquisiuit pro se & suis heredibus, quam ob rem etiam probare debet se descendẽtem esse ex ipso primo stipite & acquirente, vt dictum est. Sic enim ius suum deducit Ioannes puta in specie nostra acquisiuit feudum pro se & suis heredibus, ista verba significant descendentem qui sit etiam heres. Sed ego sum descendens, & simul etiam heres Ioannis primi acquirentis, igitur feudum ad me pertinet & in eo succedere debeo. Hæc probantur *arg. c. 1 ibi per inuestituram patris & aui. de feudo Marchi. Ducatus & Comi.* & ibidem Isernia, Bald. & alii. *c. 1. de gradib. succed. in feudo. cap. 1.* & ibi Bald. Aluarot. *de natura success. feudi.* His adstipulatur Pinellus *ad l. 1. part. 3. n. 96. C. de bonis mater.* vbi dicit quamuis feudum exigat heredis nomen, non tamen à defuncto accipi sed à concedente & primo acquirente.

Et ideo in proposito nostro istud sufficere, vt descendẽs sit heres primo inuestiti seu primi acquirentis, mediate vel immediate, responderunt Iac. Beluis. *in c. 1. de eo qui sibi & heredib. suis masculis.* & ibid. Aluaro. *col. 4 vers. quæro ab extra.* ibi, *sunt heredes primi acquirentis directo vel per mediam personam.* Alexan. *in cons. 26. nu. 9. lib. 5. & 30. n. 17. lib. 1.* Decius *in cons. 208. n. 13* Albertus Brun. *in cons. 18. n. 13. vers. tertio quia præsoppofito.* Parisius *13. num. 177. & nu. 181. lib. 1.* Gozad. *cons. 8. num. 2 & 26. num. 25.* Roland. à Valle *in cons. 3. num. 77. lib 1. & 18. num. 12. lib 3.* Cæphalus *cons. 224. nu. 25.* Syluan *in cons. 30. n. 10.* Iulius Clarus *§. feudum. quæst. 9. vers. sed quæro.* vbi dicit ita Mediolanensem Senatum iudicasse.

Tertia igitur est sentẽtia vera & communis, ideoque sequenda, vt nobis sane videtur, illa verba *pro suis heredibus*, in inuestitura & concessione feudali, accipienda esse pro filiis † seu descendentibus, ad quos 23
feudum ex successione deuoluitur. Probatur hæc sententia multis iuribus feudalibus, quæ ita expresse declarant & à nobis supra late deducta sunt, præsertim vero *ex c. 1. § & si clientulus. de aliena. feudi. & ex c. 1. § similiter. in ver. profecto. de lege Corradi.* Deinde Doctorum authoritate, qui passim ita responderunt ac tradiderunt, Andreas Geil *lib. 2. obser. 154 num. 20* Secundum consuetudinem Germaniæ inquit verba illa inuestituræ, p se & heredib. suis, intelliguntur de heredib. masculis feudalib. & feudũ ita receptũ non erit hereditariũ sed antiquum ex pacto & prouidentia, q; etiam iuri feudali consentaneum est. Nam in materia feudali, verbum heres intelligitur de liberis & descendentibus, maxime si in inuestitura concessio facta sit pro se & heredib. suis, ex corpore suo descendentibus, vel simpliciter pro se & heredib. masculis, quia intelligitur de liberis & eorum descendentibus per text *in cap. 1. §. sed diuersum. vers & si liberi. de alien. feud in cap. 1. § similiter. vers. profecto. de lege Corradi.* Decius *in cons. 495. n. 6. & 185. n. 3.* Hactenus ille, idem omnes alii docent Bald. *in proœmio feudor. n. 25.* Castr. *in l. ex facto, § si quis ff. ad Trebell.* Deci. *cons. 208. n. 4. & 414. n. 10.* Menoch. *cons. 443. n. 40. lib. 5.* & fuit doctrina Baldi reprobantis Iacob. de Beluis. *in c. 1 de eo qui sibi & heredib. suis masculis.* quam communiter receptã esse dicit Marian. Socin. *in cons. 42. n. 4 lib. 3.* quam sentẽtiam secutus est etiam Pistorius, re discussa, *d. q. 1. & 14.* Et licet multi eã repudiauerint, Iacobi Beluisi sententiæ inhærentes, hoc tamen voluerunt, feudũ pro heredib. concessum, hereditarium esse atq; adeo hanc exigendã esse qualitatem, vt descẽdentes sint etiam heredes, quod dato, quod verum esset, non tamen sentẽtiæ nostræ refragatur quia liberi Fœlicitatus non solum ex descendentibus sunt, verum etiam heredes

Ioan-

Ioannis primi inuestiti eorum aui, mediante persona matris & aliorum, quod sane sufficere debet, vt iam supra est deductum, eorum sententia repudiata, qui hoc exigunt. vt descendentes heredes etiam existant vltimi defuncti. Quibus ita se habentib. haudquaquam difficile erit ad ea respondere, quæ superius allata, nobis dubitandi ansam præbuerunt.

Namque ad primum, quo dicebatur heredis appellatione contineri quemcunque heredem tam suum quam extraneum, locum non habere dicimus in feudali materia: in ea enim accipitur heres pro descēdente & herede sanguinis, & verba debent intelligi secundum subiectam materiam, illaque præferenda est proprietati verborum, vt latius dictū est supra. Ex quo sequitur non obstare quod dicebatur inuestituræ ac concessionis feudalis tenorē inprimis esse inspiciendum, quia id fatemur sed dicimus ita esse accipiendum, prout ipsis iuribus cō [illegible]iturum est.

Et licet heres succedat in omnibus iuribus defuncti, vt in argumento dicebatur, tamen aliud seruatur in feudis, aliud in bonis allodialibus. In feudis enim extranei non succedūt, at in reliquis bonis & iuribus secus, quia succedūt tam sui quam extranei heredes, hoc est, qui nō sunt ex descendentib. primi acquirētis. Ad authoritates Dd. respondetur, paucissimos esse, qui tueantur sententiam illam in eo casu, quo feudum accipitur pro heredibus, omnes enim fere loquuntur quando accipitur pro quibuscunque heredibus, & qui dicunt feudum esse hoc in casu hereditarium, non tamen hoc volunt, vt ad omnes heredes transire possit, sed ad descendētes duntaxat, qui heredes existant, vt superius latius est deductum.

Minus obstat quod ex sententia Iacobi Beluisi & sequacium dicebatur, heredem in feudo non intelligi pro herede sanguinis, aduersus Baldum & sequaces, quia Baldi & sequaciū sententia manifeste euincitur ex iurib feudalib sicuti supra late demonstrauimus. Nec illa distinctio quicq̄ obstat, qua dicebatur, licet verbum *heres* in iuribus feudalibus accipiatur pro herede sanguinis, secus tamen dicendum vbi heredis fit mentio in concessione ipsa feudali, quia nec ratio diuersitatis subest, & verba concessionis accipienda sunt secundum materiam subiectam, & sic secūdum naturā feudi, & iuribus feudalibus probatur illud verbum *heres*, in inuestitura ipsa & concessione feudali, pro herede sanguinis accipiendum esse, vt dictum est supra.

Non obstat secundum argumentum, quo dicebatur, feuda de quibus agitur emptitia esse, & ideo naturam propriam feudorum non habere, sed tractanda esse & regulanda ad instar aliorum bonorum allodialium, quia respondetur, illam sentētiam nullo iure niti, contrariumque & melius docuisse alios qui apertissimis iurib. feudorum innixi, clare osten-
24 dunt feuda empta habere † veram & propriam naturam feudi, eo excepto, quo immutata reperitur & alterata, nempe quia non ex gratia & amore concedentis acquisita fuerint, sed precio conuenta, ita Afflict. *in c. 1. §. & quia vidimus num. 23. vers. nono. de his qui feudum dare possunt.* Iacobin. de S. Georg. *in inuest. feudali, in verbo, fœminis n. 6. 7.* Zasius *8. nu. 37. & c. 12. n. 19.* Ruinus *cons. 18. nu. 9. & cons. 108. nu. 27.* Socin iun. *cons. 6[illegible] num. 16. lib. 1.* Anton. Gabr. *lib. 6. concl. tit. de verb. sign. concl. 6. n. 57.* Menoch. *cons. 443 n. 69. lib. 5.*

Secundo respondetur, id quod dicitur de feudo emptitio locum habere, quando emptus est à Domino, secus si ab alio, quia respectu Domini retinet suam naturam quam ab initio habuit ita Alciat. *in cons. 170. num. 3.* Currius sen *in cons. 48. colum. 7.* & alii.

Denique respondetur Dd. in argumento citatos, nihil fere aliud velle, nisi quod feudum emptitium transeat ad fœminas, id quod nos non negamus in quæstione nostra, imo planum esse præsupponimus & certum, quod tam pro heredibus masculis, quam pro fœminis concessum fuerit, alioqui non essent liberi Fœlicitatis admittendi, cum ex fœmina descenderint, vt patet.

Ad tertium argumentum respondemus, quod licet pro feudis de quibus agitur non sit præstandum aliquod personale seruitium, sed cēsus annuus, nullo tamen iure probari potest, quod in cæteris omnibus amiserint feudi naturam, & si enim immutata fuerint in hac parte, in cęteris naturam suam retinēt, sicut optime declarat Zasius *part. 12. concl. 10 n. 32.*

Ad vltimum deniq; argumentum responsio patet ex dictis, quod enim in argumento dicitur liberos Fœlicitatis ad hæc feuda vocatos non intelligi, eam ob causam, quod Samuelis vltimi defuncti heredes non sint, ab illa quæstione pendet, an illa verba concessionis facta *pro heredibus*, requirant hæc duo simul quod succedere volens sit ex descendentibus, & simul etiam heres vltimi defuncti. Ex his autem quæ supra late disputauimus planum esse non dubitamus sufficere, quod succedere volens sit vnus ex descendentib. & heredibus mediate vel immediate primi acquirentis, quales esse Fœlicitatis liberos in facto nobis presupponitur. Quare ad ipsius fauorem cōcludimus hoc responsum nostrum, feuda de quibus agitur ad eos, non autem ad Virgilium Auer. pertinere. Laus Deo.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Serenissimo Duce vtriusque B.

ARGVMENTVM CONSILII XXXIV.

An liceat lite pendente aliquid innouare quo possessio non immutatur, sed modus possidendi facilior redditur.

SVMMARIA.

1 *Lite pendente nihil innouandum.*
2 *Quod procedit licet actus qui fit esset alioqui licitus.*
3 *Opus nouum nunciari potest facienti contra ius & seruitutem alterius.*
4 *Aquam ex flumine publico ducere, nemo potest in alterius iniuriam.*
5 *Ne quid in loco publ. vel in flum. publico fiat, extant interdicta.*
6 *Aedificare nemini licet ad æmulationem alterius.*
7 *Nec etiam Principi.*
8 *Coniecturis probatur aliquem ædificare ad alterius æmulationem.*
9 *Et quæ sint iura ibi ponitur.*
10 *Asseritur alia coniectura.*
11 *Ibidem alia coniectura.*
12 *Aquam ducere per viam publicam nemini licet sine permissu Imperatoris.*
13 *Continuans possessionem suam non dicitur attentare.*
14 *Nisi diuerso modo vtatur quo antea, de quo etiam infra.*
15 *Aedificare cuilibet liberum est.*
16 *Aedificare ad alterius æmulationem nemo præsumitur.*
17 *Reges, Duces & Principes habent regalia.*
18 *Quæ sint regalia.*
19 *Officium Principis.*
20 *Aedificans ad suam vtilitatem non dicitur ædificare ad æmulationem.*

21 *Qui continuat non attentat.*
22 *Attentare aliquem non posse mutando modum possessionis quomodo procedat.*
23 *Scientia & patientia in incorporalibus requiritur.*
24 *Priuilegium non valet in præiudicium alterius.*
25 *Aedificare quis pro suo commodo in damnum alterius quando poßit vel non.*
26 *Distinctio ibi proponitur, & late probatur.*

Diuino subsidio humiliter implorato.

VIdebatur prima facie respondendũ, fossam seu
canalem duci non posse de iure per fundũ B ad
effectum, vt per eum naues mercibus onustæ libere
ex Danubio inOenũ,& ex Oeno inDanubium trãs-
1 mittantur. Nam pendente lite† nihil est innouandũ
toto tit. C. vt lite pendente. & in decretalib. eod. tit. Constat
autem inter Episcopum & Ciuitatem P. & Serenis.
vtriusq; B. Ducem litem pẽdere in Spirensi Audito-
rio, ob causam priuilegiorum, quibus Episcopus &
Ciues P. cõtendunt omnes mercatores & nautas qui
merces quascunq;, præsertim vero alimentarias sur-
sum ac deorsum per dicta flumina vehunt teneri eas
Ciuibus P. venum exponere, item eam ob causam ꝙ
dictus Episcopus vectigalia ob eas merces sibi exige-
re licere contendat, quæ iam ad S. Nicolai monaste-
rium exonerari consueuerũt, easdemq; venum ex-
ponendas vigore dictorum priuilegiorum Ciues P.
prætendant. Ergo non licet eiusmodi lite pendente
aliquid innouare, & hæc iuris regula, ꝙ lite penden-
te nihil sit innouandum, habet locum, etiam si actus
2 qui fit lite pendente, esset † alioqui permissus, ac li-
citus. Nam lis introducta facit illum illicitum & at-
tentatum, sicuti late plurib. demonstrat Lancellot. *de
attentatis. 2. par. c. 4. tit. de attentatis l. te pendente. ampliat. 1*
Secundo, cum Episcopus & Ciuitas P. priuilegia
Cæsarea exhibeant, quibus id iuris circa merces quæ
importantur illi cõpetere videtur, vt venum exponi
Ciuibus P. debeant: Non licet B. in præiudiciũ hu-
iusmodi priuilegiorum, eam fossam extruere & si id
faciant prohiberi posse videntur, sicut is prohiberi de
3 iure potest, qui cõtra debitam seruitutem † aliquid
facit, potestque ei nouum opus nunciari *l. altius. l. si in
adib. C. de seruit. & aqua l. de pupillo. §. sextus. ff. de operis noui
nun.* Iacob Riminal. *in cons. 71. n. 19. lib. 1.* Socin. iun. *in
cons. 50. n. 69. 70. lib. 3.* Andr. Geil. *lib. 2. obser. 69. n. 3.*
Videtur autem in præiudicium eorum priuilegio-
rum dictus canalis fieri, quoniam in eum finem fiet,
vt per eum naues mercibus onustæ ex Danubio in
Oenum, & ex Oeno in Danubium libere perducan-
tur. Nec eas venũ exponat Ciuibus P. quemadmo-
dum ex Imperialibus priuilegiis exponi debent.
Tertio, nemo potest in † alterius damnum aquam
4 ducere ex flumine publico, *l. Imperatores ff. de serui. ru-
sticor. præd.* in illis verbis. Item rescripserunt aquam ita
demũ permitti duci si sine alterius iniuria id fiat. *l. 1.
§. sunt qui putant. ff. ne quid in flumine publico.* ibi neque
enim ripę cum incommodo accolẽtium muniendę
5 sunt. *l. 1. § sed & fossas. ff. de aqua plu. arcen.* ibi, sic † enim
debere quem meliorem agrum suum facere, ne vici-
ni deteriorem faciat. Socin. iun. *in cons. 60. n. 68. lib. ...*
Extat quoque interdictum, ne quid in loco publico
fiat quo damnum cuiquam detur, *vt in l. 2. ff ne quid in
loco publico.* Et alterum interdictum ne quid in flu-
mine publico ripaue eius fiat, quo statio iterue naui-
gio deterius fiat *vt in l. 1. ff. ne quid in flumine publico.* imo
& si quis licentiam habeat in loco publico aliquid
faciendi, intelligitur sine damno & iniuria alterius *l.
2. §. merito. ff. eod. tit.* Sed hæc fossa in iniuriam & præ-
iudicium Ciuitatis P. eiusq; Principis redundare vi-
detur, non ob eam solũ causam, quod merces haud-
quaquam venum exponẽtur, nec vectigalia soluen-
tur, verum etiã quia tali fossa veluti obsidione qua-
dam Ciuitas P. opprimetur eiusque occasione multa
damna & incommoda pati poterit. Ergo, &c.
Quarto nemini licet ad æmulationem † alterius 6
ædificare etiam in suo proprio *l. opus nouum ff. de operib.
publi.* ibi. Præterquam si ad æmulationem alterius ci-
uitatis pertineat. Idq; adnotarunt Cyn. & Castr. *in l.
altius. C. de seruit. & aqua.* Nec etiam Principi vel ciui-
tati† ad alterius æmulationem id licet, vt responde- 7
runt Bald. *in cons. 188. dicitur quod opus. lib. 2.* Curt. iun. *in
cons. 80. in fi.* Menoch. *de arbit. iudic. casu 156.* And. Geil.
lib. 2. obser. 69. n. 17. Et licet nemo præsumatur† ædifi- 8
care ad æmulationẽ alterius, solent tamen quãplu-
res coniecturæ perpendi, ex quib. id præsumatur. Et
prima est, quando ædificans nullam vel modicã per-
ciperet vtilitatem, & † vicinus damnum sentiret, ita 9
Menoch. *loco supra citato. n. 9* Mascard. *de probatio. vol. 1.
concl. 620. n. 5.* Sed in specie ista Serenis. vtriusque B.
Dux, cum mercimonia nõ exerceat, ac proinde mer-
ces transmittere per ea flumina proculdubio in ani-
mo non habeat, nullam vel modicam vtilitatem ex
dicta fossa percipere potest: magnum vero damnum
passura esse videtur Ciuitas P.
Secunda est coniectura æmulationis, ex vicinita-
te, vbi † sunt lites & rixæ inter vicinos, & aliquis ædi- 10
ficare vult in alterius detrimentum, nam pręsumitur
ad æmulationem fieri. ita Cæpol. *de seruit. vrban. præd.
c. 62 n. 2. vers. puto tamen.* Mascard. *loco annotato. n. 7* Sed
ita esse videtur in casu nostro, quia inter dictos Prin-
cipes vicinos, hac de re sæpe fuerunt rixæ, contentio-
nes & bellum etiam, & iam sunt lites pendentes.
Tertia coniectura est, si quis prope ciuitatem aliq̃
ædificare velit turrim† vel castrum, ex quo, tempore 11
belli Princeps illi⁹ ciuitatis incõmodum aliquod pa-
ti posset, vt videtur suspicandum ac timendũ ex fossa
de qua agitur, ita Affli. *in c. 1. §. flu ulatio. n. 5. quæ sint re-
galia.* And. Geil. *lib. 2. obs. 69. n. 23.* Masca. *loco citato. n. 12.*
Quarto, non licet alicui per† viam publicã aquam 12
ducere sine Imperatoris permissu, *l. seruitute. §. vlt. ff. de
seruit. l. 2. §. scio tractatum ff. ne quid in loco publico.* Bart. *ad
l. quo minus. q. 13. ff. de flumi.* Ias. *ibid n. 89.* Ripa *n. 90.* Igi-
tur nec licebit Serenis Principi vtriusq; B. talem fos-
sam curare faciendã, vt ex flumine publico aqua de-
ducatur & per eã naues transferantur ex vno flumi-
ne ad aliud. Nec prædictis obstare videbatur, si dice-
retur licet pendente lite nihil sit innouandũ. Licere
tamen † vnicuiq; suam continuare possessionẽ, quia 13
lite pendẽte nemo sua possessione priuandus est, *c. 1.
vt lite penden. c. cũ teneamur* vbi Franc. *in 1. notab. de appell.*
& alii prope innumeri Dd. quos adfert Lancell *de at-
tẽtatis. tit. de attẽtatis lite pend. lim. 1. in pr.* & cõsequenter
vtriusq; B. Principẽ Serenis nihil attentare, ex eo ꝙ
fossam construi mandet ad eũ effectum, vt naues per
eã transmittantur. Quia B. fuerunt semper in posses-
sione libere transeundi cũ mercib. & aliis. Non vide-
batur id obstare quia hoc intelligitur cũ quis vtitur
sua possessione eo modo quo ante litẽ vtebatur. Se-
cus autẽ si diuerso † modo vtatur, vt notat Gl. *in c. non* 14
solum. in Gl. magna de appell. in 6. quam communiter à
Dd. approbari attestatur Augustin. Berous *in cons. 118.
n. 7. 8. & 24. lib. 3.* Lancell. *de attent. lite pend lim. 1. n. 70.*
Sed in proposita specie alio modo quam ante a nem-
pe per fossam seu canalem de quo agitur possessione
sua vti contendunt B. ergo pendente lite id non vi-
debatur eis licere.

Verum

Verum his & similibus quæ adduci possunt non obstantibus, secũdum ea quæ proponuntur ex facto, cõtrarium deciditur, nempe licite fieri posse dictam fossam seu canalem, per fundum B. haud lõge ab ipsa ciuitate P. per quam fossam naues non iam amplius exoneratæ, sed suis cum mercibus, quas quæq; vndecunq; portant instructæ, è Danubio in Oenum, & ex hoc in illum agantur.

Pro huius autem sententiæ confirmatione quatuor cõclusiones sequentes præmittimus. Prima est, licere
15 vnicuiq; in suo † ædificare, & opus nouum facere, nisi id faciat ad alterius æmulationem *l. opus nouum ff. de oper. pub. l. altius. C. de seruit. & aqua. l. si in ad. bus. C. eod. tit. l. fluminum §. vlt. l. Proculus. ff. de dam. inf.* late Andr. Geil. *lib. 2. obseru. 69 in princ.* Iac. Menoch. *de arbitr. iudic. casu 156. in princip. & in cons. 298. nu. 24. lib. 3.*

16 Secunda cõclusio: nemo præsumitur † ad alterius æmulationem ædificare, & opus nouũ facere, & ideo qui id allegat, ꝓbare debet: ratio est, quia id videtur continere delictum, cum scil. aliquid fit vt alteri noceatur. Delictum aũt non præsumitur. *l. merito. ff. p socio.* Ita Gloss. ab omnib recepta *in l. fluminum. §. fin. in verbo, non teneri. ff. d. damno inf.* Cæpol. *de seruitut. vrban. prædior. c. 62. n. 2.* Iason *in l quo minus. n. 33. ff. de flumin.* And. Geil. *lib. 2. obseru. 69. nu.* 30. Menoch. *d. casu* 156. Ioseph. Mascard. *de probationib. vol. 2. conclus. 620.*

Tertia conclusio. Cum primum aliquis creatus est Rex, Dux, Marchio vel Comes à supremo Principe,
17 regalia † videntur in eum translata, Bald. *in c. t. in vlt. not. quæ sint regalia.* Afflict. *ad Rubricam eiusdem tit. n. 68.* Fel. *in c. cum nobis n. 6. de præscr.* Ægid. Boss. *in tract. de regalia. post principium.* Ang. *in cons.* 217. Castr. *in cons. 34. super primo. lib. 2.* Calcan *in cons. 67. n. 68.* Roman *in cons. 59. n. 2.* Alex. *cons. 13. n 10. libr. 6.* alios quã plures citans in eandem sententiam nouissime Marcus Antonius Peregrin. *de iuribus & priuilegiis fisci. titul. de his qui iura fiscalia habent. num. 76.*

Regalia autem *vt habetur in tit. de Regalib. in vsib. feu-*
18 *dor.* hæc sunt † inter alia. Viæ publicæ, flumina nauigabilia, portus vectigalia, & similia ibi enumerata.

Ex his sequitur Serenis. vtriusq; B. Ducem habere huiusmodi regalia, & consequenter flumina, vias publicas & similia, quæ sunt in eius territorio ad eum pertinere, sicuti de ciuitatibus Lombardiæ dicit Bart. *in l. quo minus. n. 3. ff. de fluminib.* & tradit Ang. *in l. fluminum. ff. de damno infecto.* Iacob. de S. Georgio *in inuestitura feudali in vers. fluminibus.*

Quarta conclusio. Ad officium Principis spectat
19 reipubl. & priuatorum commoda † procurare, vt in *auth. de restit. & ea quæ parit. &c. §. quamobrem.* Solet bonus Princeps commodũ subditorum, tãquã ꝓprium æstimare *l. 1. §. vlt. C. de cad. toll.* tradit Isern. & Afflict. *in c. 1. in 2 col. de prohibita feudi alien per Lotharium* late Soc. Iun. *in cons. 60. n 31. 32. lib. 3.* & Principem amare debere suos subditos, eosq; bene tractare tanquam filios & nepotes, & fauoribus prosequi, probant late Hippol. Rim. *in cons. 59 n. 70. lib. 1.* Menoch. *in cons. 403. nu. 14. lib. 5.* Ex his conclusionibus ita positis, sequitur Serenissimum vtriusq; B. Ducem posse in suo ipsius territorio & ditione ædificare ac struere fossam, de qua agitur, & non præsumi id facere ad alterius æmulationem, & sic, vt noceat Episcopo & ciuitati P. sed vt suis subditis prosit, & vt naturalis libertas conseruetur, quorum subditorum vtilitatẽ & commoda procurare debet, cum fluminum & viarum iura, cæteraque regalia apud ipsum veluti Ducem ac Principem residеant.

Neq; vero dubitãdum sit, quia hæc libertas transmittendi nauigia, ita vt P. territorium non attingant, neq; monopoliis sint expositæ merces, maximum allatura sit B. commodum: quemadmodum ex contrario præiudicium maximum ex prætensis priuilegiis inferretur.

Qua ratione illud etiam apparet fossam seu canalem, de quo agitur non esse præsumendum fieri, ad æmulationem ciuitatis P. quoniam inter alias coniecturas, quibus colligitur quempiã ad æmulationem alterius non ædificare, illa est potissima, cum videl. ædificans vtilitatem & commodum sentit, præsumitur enim eo casu id facere, vt suis consulat † commodis, 20
non autem vt aliis noceat, *argum. l. 1. §. denique ff. de aqua pluu. arcen.* ibi, si non animo nocendi vicino, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Andr. Geil. *libr. 2. obser. 69. nu* 27. Mascard. *lib. 2. de prob. concl. 620. nu. 5.*

Quibus sic stantibus nõ obstant ea quæ in contrarium allata nobis ansam dubitandi præbuerũt. Nam quod attinet ad primum, verum est quidem lite pendente nihil esse innouandum, sed non dicitur innouare, qui continuat suam possessionem, neque enim pendente lite ea priuandus est. Vnde illud Dd. adagium, qui continuat † non attentat. Gloss. *in clemen. 2.* 21
vers. innouari, vt lite pendente. Franc. *in c. cum teneamur. in primo not ab. de appellat.* Bellonus *in cons. 18. nu* 24. Natta *in cons. 606. n. 13. lib 3.* Menoch. *de recuper. poss. ff remedio 17. num. 49.* Atq; id procedit, etiamsi vsus possessionis esset principaliter contra ius in iudicium deductum, Franc. *in cap. significante. in 4. not. & numer. 9. de appellat.* Gabriel *commun. conclus. libr. 5. tit. de acquirend. possess. conclusion. 6. num. 9.* Lancellotus *de attentatis. tit. de attentatis lite pendente. limitatione prima. num. 8.*

Non obstat quod dicebatur id procedere, quando quis vtitur antiqua possessione eo modo quo ante litem vtebatur, quia respondetur, Gloss. quæ ad hoc allegatur *in capit. non solum. de appellat. in 6* loqui, cum quis vtendo facit aliquid illicitum, vel dolosum in præiudicium partis, & ei, qui dicit aliquid fuisse innouatum & illicite ac dolose, onus probandi in- 22
cumbit. *capit. Bonæ.* & ibi Innocentius *de appellat. capit. ex literis. de iure patronatus.* & tradit Gloss. ipsa *in dict. capit. non solum.* & bene replicat Augustinus Berous *in d. cons. 118. num. 9. lib. 3.*

Nec enim fossæ constructio alioqui est illicita, imo permissa & licita, quia in proprio solo fit, & non ad æmulationem, sed ad propriam vtilitatẽ & commodum: vt scilicet meliori & commodiori modo merces transmittantur & conducantur, de flumine in flumen, iuxta possessionem, in qua sunt Bauarici.

Quæ cum ita sint onus probandi parti aduersæ incumbit, quod B. ædificare velint fossam illicite seu dolose, ac in præiudicium ipsius partis, neque enim id præsumitur, sed probari debet.

Non obstat, quod dicebatur eiusmodi fossæ extructionem esse contra priuilegia P. concessa, & idcirco fieri non posse, quia respondetur argumentum procedere posse, si constaret id ius, quod P. prætendunt eis competere: Cæterum id non constat, & de ea re sub iudice lis est. Opponunt enim B. assertis priuilegiis, transactiones postea factas, quibus conuentum fuit, vt viæ omnes terra & fluminibus liberæ essent & expeditæ, prout antiquitus fuerunt, vt ex tractatu coram compromissariis facto Ann. 1435. patet.

Item opponunt F. III. Imperatoris iussionem P. factam Anno 1491. Deniq; opponunt se fuisse semper in possessione libertatis aduersus prætensa priuilegia.

Neq; enim P. nullo vnquam tempore docere poterunt, se quietam & pacificam possessionem, vel quasi prætensorum priuilegiorum aduersus B. scientibus & patientibus vtriusq; B. Ducib. adeptos esse. Quæ qui-
23 dem scientia & patientia † in eiusmodi iurib. incorporalibus absq; dubio est necessaria & probanda. *l. 2. C. de seruit.* Abb. *inc. cum ecclesia sutrina. n. 25.* & ibi Ripa *n. 64 de causa possess. & proprietatis.* Cou. *in reg. possessor malæ fidei. in 2. parte. in initio. nu. 8. de reg. iur.* Menoch. *de arbitr. iud. casu 161.*

Nec obstat supradictis asserta quædam F. III. Imp. priuilegiorum declaratio, An. 1491. die sexta mensis Octob. quam P. obiiciunt: quia illa non valet in præiudicium conuentionum & trāsactionum antea initarum, de quibus nulla facta est mentio. *c. ex multiplici*
24 *de decimis.* 161. vnde quia † non fuit nostræ intētionis per priuilegium nostrum conuentioni derogare prædictæ. &c. & tradunt Bald. *in cons. 345. & 347 lib. 1.* Soc. Sen. *in cons. 273. prope fin. lib. 2.* Natta *in cons. 168. n. 2. lib. 2.* & alias multas ob causas, quæ in processu allatę sunt, & coram iudicibus Cameræ Spirensis examinabuntur suo tempore.

Ad tertium argument. quo dicebatur, huius fossæ constructionem maximum illaturā esse præiudicium P. & ideo non esse permittendam: Respondemus omnem huius consultationis cardinem in hoc potissimum versari. Nam etsi quis possit in suo solo ædificare, & ex flumine aquam ducere pro suo commodo, vel auertere, quando id ius habet, non tamen id cum alterius iniuria facere potest. Hic igitur obseruādum putamus duos casus distinguendos esse in hac materia. Vnus est quando ex nouo opere & ædificio alte-
25 rius, vel aquæ ductu, alicui † infertur præiudicium & damnum, vel ex eo quod aliquid in suum locum immittatur, ex alieno ædificio, vel ex eo quod ei nauigatio impediatur, in flumine publico, vel aliam ob causam similem ob quam ei suum ius diminuatur. Hoc in casu loquuntur leges in contrarium allegatæ, ac merito statuunt ædificium fieri non posse, nec aquam ex flumine duci: sed ad casum, de quo nostra est consultatio accommodari non possunt. Neq; enim nobis cōstare potest ex hac fossæ constructione vllū damnum aut præiudicium talem P illaturū iri, ita vt vel eorum nauigatio impediatur, vel ciuitati ipsi periculum, damnumue vllum inferatur, & eorum iura, dominia, iurisdictiones minuantur. Id si nobis ex facto proponeretur contrariam forte sententiam haberemus.

Alter est casus cum ex alieno ædificio, vel aquæ ductu aliquis præiudicium sentit in eo, quod commodum, quod alioqui perciperet, non capit, impeditus ex alterius ædificio & opere, & hic est casus noster, si vllum præiudicium & incommodum allegari à P. potest, quod tamen non fatemur, vt infra dicetur. Nam hoc prætendunt P. priuilegium, vt quæcunque naues ad eorum ditionem appulerint mercibus onustæ, apud eos sistere debeant, & vendi ipsis ante alios. Item vectigalia eo nomine exigere, quæ quidem commoda & emolumenta percipere non poterunt, si hæc de qua agitur fossa construatur, per quam, aqua per eam circumfluente, nauigia perducantur, ita vt ditionem P. non attingant.

Hoc in casu non prohibetur quis in suo ædificium construere, licet alter vicinus eo commodo & emolumento priuetur, si ædificium quis construat ea intentione, vt sibi prosit & commodet, non autem vt alius noceat, vt in præsenti casu præsumendum est ex supradictis, nec aduersario seruitutem debeat.

Probatur hæc assertio primum *ex leg. Proculus. ff. de damno infecto.* ibi: Quamuis enim & hic † aquam mi- 26
hi abducis, & illis luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro quo adhuc vtebatur prohibetur, multumq; interesse, vtrum damnum quis sentiat, an lucro quod adhuc faciebat vti prohibeatur.

Secundo *ex l. 1. §. deniq. il primo. ff. de aqua plu. arcend.* Deniq; Marcellus scripsit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem auerterit, nihil posse agi, nec de dolo actione, & sane non debet habere, si non animo nocendi vicino, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Idem probat fere text. *in leg. si in meo. ff. eod. titul.*

Tertio *ex l. cum eo. ff. de seruit. vrb. præd.* vbi inquit text. Cum eo qui tollendo ædes vicini obscurat, quibus non seruiat, nulla competit actio. Idem habetur *in l. altius. & in l. si in ædi. us. Codic de seruit. & aqua.*

Quarto *ex l. flumin. in. § vlt. ff. de damno infecto.* ibi. Neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo vsus sum. Atque ita respondit Paul. Castren. *in cons. 3. post nu. 4. lib. 2* And. Geil. *lib. 2. obseru. c. 69. nu. 2.* Marcabrun. *in cons. 49. nu. 7.* vbi allegat Imolam, Cæpollam & Balbum, Marsil. *singul. 154. num. 2.*

Sed vt supra indicauimus, hoc ipsum etiam præiudicium allegare non possunt P. si quidem certum non est, imo maxime dubium & controuersum, an illud habeant priuilegium, quod ipsi prætendunt: id enim negant B. & ex narratis in themate, non sine maximis & fortissimis argumentis. Nec sunt in possessione exigendi vectigalia, & retinendi merces ad emendum. rebus ita stantibus, si quidem B. merces etiam hoc tempore, quo fossa constructa non est, libere transeunt ex vno in Danubium & econtra, solum P. non attingentes, licet per curtus, & maiori cum incommodo B. vt in themate narratur, quare nihil proponi nobis videtur, cur secundum ea, quæ nobis proponuntur, construi non possit dicta fossa, de qua agitur, allegato P. præiudicio non obstante. Nam quod dicitur tali fossa, veluti obsidione quadam, oppressum iri dictam ciuitatem P. id nobis, vt superius diximus, non constat, nec probabile videtur, ex eo, quod fossa seu canalis fiat in solo B. illud incommodum oriri posse, cum nec vlla sit belli occasio, nullus timor, nullumque periculum inuadendæ vrbis aut opprimendæ, opportunitate capta talis fossæ & canalis, qui ad eum finem duntaxat construi poterit & fiet, vt nauigationi & transuectioni nauium commoditatem afferat. Nec talis animus B. est præsumendus, qui oppressioni vrbis P. intendat. Nec ex canali illud periculum imminere nobis videtur, præsertim rebus ita stantibus.

Ad quartum argumentum respondemus, non præsumi quem velle ædificare, & nouum opus facere ad æmulationem alterius, vt dictum est superius *in secunda conclusione.* Non obstant allegatæ coniecturæ, quia quod attinet ad primam, dum dicitur, ex tali fossa nullam vtilitatem ad serenissim. Ducem peruenturam. Respondetur maximum commodum B. omnes propter multas causas ex ea percepturos, quorum vtilitatem & commoda optimus Princeps procurare debet, quod nobis videtur esse clarius, quam vt prolixa probatione indigeat.

Ad al-

Ad alteram vero coniecturam respondemus negando vllam esse rixam & simultatem inter B. & P. licet super eo vertatur lis in auditorio Spirensi, an P. dicta priuilegia quæ prætendunt, competant. Doctores enim q ex rixa inter vicinos æmulationis studium colligunt, in eo casu loquuntur, quo inter vicinos sunt inimicitiæ, odia & rixæ, ex quibus arguitur alterum ædificare velle eo animo principaliter vt alteri noceat, quod certe nobis in hac specie præsumendum non videtur.

Ad tertiam coniecturam respondetur, aliam esse rationem eius, qui castrum vel turrim ædificare velit, prope alterius ciuitatem: Nam ex ea constructione periculum est euidens, sed id periculum & incommodum ex fossa, de qua agitur, imminere non potest.

Ad vltimum argum. respondemus alicui homini priuato non licere aquam ex flumine publico ducere sine Principis permissu, sed nos versamur in Principe, qui in territorio suo proculdubio regalia habet: & consequenter etiam omnia iura fluminum & viarum publicarum in suo territorio ac ditione, adeo vt consensu alterius non indigeat, cum ipse sit Dominus, & superior ac Princeps.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro ciue Foroliuiensi.

ARGVMENT. CONSILII XXXV.

Filiorum appellatione, an veniant fœminæ in substitutionibus.

SVMMARIA.

1 *Filiorum appellatione fœmina continentur.*
2 *Masculinum concipit fœmininum.*
3 *Substitutio facta, si decesserit sine filiis, deficit fœminis relictis.*
4 *Et hoc maxime procedit, quando testator filiam substituit.*
5 *Ratio conseruandæ agnationis non procedit, nisi in personis specificatis.*
6 *Filiorum appellatione non veniunt fœminæ de proprietate sermonis.*
7 *A verborum proprietate recedendum non est.*
8 *Masculorum institutio & substitutio arguit testatorem conseruare voluisse bona in agnatione.*
9 *Filiorum appellatione non veniunt fœminæ stante statuto in ciuitate, quod stantibus masculis fœminæ non succedant.*
10 *Filiorum appellatione non veniunt fœminæ, quando sequeretur absurdum.*
11 *Argumentum valet de statuto ad vltimas voluntates.*
12 *Communis sententia est pro patruo contra neptem.*
13 *Filiorum appellatione in testamento veniunt masculi ex coniectura mentis hic expressa.*
14 *L. cum auus. de cond. & demonst. qua ratione nitatur.*
15 *In claris non est opus coniecturis.*
16 *Legitima fideicommisso non continetur.*
17 *Filius fratris vna cum fratre vocatur ad successionem patrui.*
18 *Et idem est secundum statutum Foroliuiense.*

Species facti.

Bernardus Bonasegnus Foroliuiensis decessit relictis in suo vltimo testamento heredibus vniuersalibus Fabricio, Bonasegno, Dominico & Iacobo eius filiis legitimis & naturalibus, natis ex se & Domina Lucretia eius legitima vxore: & vna cum eis dicta eius vxore vsufructuaria in eius vita tantum cum substitutionibus, de quibus in dicto testamento, cuius copia transmittitur.

Post mortem Bernardi decessit dictus Dominicus intestatus sine filiis, superstitibus aliis fratribus, matre & D. Andrea eius sorore.

Deinde decessit dictus Iacobus: qui quidem in eius vltimo testamento reliquit Lucretiæ eius filiæ vnicæ legitimæ & naturali scutos bis mille auri iure institutionis pro omni eo & toto, quod petere posset, tam pro sua legitima, quam ratione dotium maternarum. Et factis quibusdam prælegatis dictæ D. Andreæ eius sorori, sibi heredes vniuersales instituit d. Dn. Lucretiam eius matrem, ac Fabricium & Bonasegnum eius fratres carnales mête captos. Post vero eorum mortem substituit dictam D. Andream eius sororem, & eius filios legitimos & naturales. &c. prout apparet in eius testamento, cuius copia similiter transmittitur.

Decessit postea d. Bonasegnus mente captus, intestatus sine filiis.

Post cuius mortem decessit d. D. Lucretia mater, condito prius testamento, in quo iure legati reliquit prædictæ Dn. Andreæ, eius filiæ scutos bis mille pro omni eo & toto, quod ipsa petere & consequi posset, tam ratione legitimæ, quam alio quocunque iure, mandans debere stare tacitam & contentam dicto legato, nec possit molestiam aliquam inferre heredi suo, sub pœna priuationis legati.

Instituitque sibi heredem vniuersalem Lucretiam eius neptem, filiam dicti Iacobi, cui decedenti sine filiis substituit dictam D. Andream eius filiam, & prout latius in dicto testamento, cuius copia similiter transmittitur.

Postremo decessit dict. Fabricius mente captus, intestatus sine filiis, relictis post se dicta Dn. Andrea, eius sorore carnali, & Dn. Lucretia eius nepte ex fratre.

Quibus stantibus & stante statuto Foroliuiensi, de successionibus ab intestato, cuius copia transmittitur.

Quæritur, an dict. Dn. Andrea, vel potius dicta Domina Lucretia succedere debeat prædefunctis in totum vel in partem. Et si in partem, in quam partem quælibet ipsarum admitti debeat, habito respectu, tam ad bona antiqua dicti D. Bernardi, quam ad bona acquisita post eius mortem, per dictos eius filios.

Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter imploraro. Vt ad propositas quæstiones clara afferatur resolutio, quatuor mihi videntur diligenter examinanda. Primum, an D. Lucretia filia D. Iacobi, ex testamento D. Bernard. eius aui vocata esse intelligatur, ac substituta ad hereditatem dicti aui, in illa parte testamenti, in qua ipse Bernardus quatuor filios suos masculos instituit æquis portionib. & si aliquis dictorum eius filiorum in pupillari ætate, vel alias quomodo libet decesserit sine filiis legitimis & naturalib. substituit vulgariter & pupillariter, & p fideicommissum alium seu alios superuiuêtem vel superuiuentes, vel eorum filios legitimos & naturales. Et sic eos ad inuicem substituit. An, inquam, d. Dn. Lucretia intelligatur esse vocata, & iam fideicommissaria substitutio purificata, ob mortem omnium filiorum dicti Bernardi heredum institutorum.

Secun-

Secundo dato, quod D. Lucretia vocata esse non intelligatur ac substituta, prout vere vocatam ac substitutam non fuisse demonstrabimus, vtrum Dn. Andrea ex eodem testamento D. Bernardi patris sui admittenda sit in illa parte, in qua ita dixit. Si vero omnes dicti eius filii decesserint absq; filiis legitimis & naturalibus, tunc substituit vulgariter & per fideicommissum D. Andream eius filiam si vixerit, alias, eius filios legitimos & naturales in dimidia suæ hereditatis. In alia dimidia Michaelem quondam Christophori de Benasegnis si vixerit, alias, eius filios legitimos & naturales, in stirpes & non in capita.

Tertio dato quod Dn. Andrea admittenda sit, vti admittendam esse probabimus, ad quam partem admittenda sit dictæ hereditatis Bernardi aui sui.

Quarto, quid dicendum ac respondendum sit, respectu aliarum personarum, de quibus in casu proposito & respectu aliorum bonorum acquisitorum à dictis fratribus, quæ non fuerunt Dn. Bernardi primi testatoris, vel ex eius fideicommisso sunt deducenda ac detrahenda: vtrum succedere debeat dicta D. Andrea, vel potius D. Lucretia.

Quod attinet ad primam quæstionem, videbatur prima facie respondendum, D. Lucretiam admittendam esse ad successionem bonorum dicti Bernardi testatoris, exclusa d. D. Andr. & quocunq; alio: hoc videl. fundamento. Testator Bernard. substitutionẽ fecit reciprocam, inter filios suos & eorum filios, ita, vt si vnus decederet quandocunq;, superstites succederent, vel eorũ filii: Cum ergo oẽs quatuor eius filii masculi heredes instituti iã decesserint, & nullus eorum sit superstes, sequitur dicendum, eorũ filios succedere debere, in substitutione expresse vocatos, sed D. Lucretia est filia vnius ex filiis testatoris, nempe D. Iacobi: Ergo ex substitutione vocata esse intelligitur ad hereditatem dicti testatoris Bernardi.

Etsi enim testator substituerit filios filiorum, his tamen verbis substituisse intelligitur etiam filias fœ-
1 minas: quia filiorum † appellatione filiæ etiã continentur. præsertim in vltimis voluntatibus. *l. si quis it. s. ff de test. tutel. l. si ita scriptum de leg. 2. l. iusta l. quisquis. ff. de*
2 *verb. sig.* Nam genus † masculinum semper continet fœmininum. *l. qui duos. in fin. de leg. 3. l. seruu legatis. eod. tit.* Et in specie cum testator substituit ea conditione adiecta, si institutus decesserit sine filiis, quod filię faciant deficere † conditionem perinde ac masculi, re-
3 sponderunt Io. Andreæ, Anton. Butr. & alii, *in c. Raynaldus. de testam.* Romanus *in consil.* 148. *numer.* 2. *visis.* Alexand. *in cons.* 55. *n.* 10. *lib* 3. *& in cons.* 17 *num.* 8. 9. *libr.* 7. *&* 38. *libr.* 6. Corneus *in consil.* 201. *&* 230. *libr.* 3. *&* 91. *libr.* 1. Socinus Senior *in consil.* 55. *lib.* 3. *&* 182. *libr.* 2. Curtius Senior *in consil.* 44. *&* 79. Socinus Iunior *consil.* 100. *num.* 3. *libr.* 3. Decius *consil.* 370. *&* 568. *&* 570. Iason *consil.* 141. *libr.* 2. Curtius Iunior *in consil.* 49. *&* 156. *&* 169. Parisius *consil.* 18. *num.* 3. *libr.* 2. Gratus *consil.* 53. *&* 54. *libr.* 2. Ludouicus Bologninus *inter consil. Alexand.* 49. *libr* 4. cui subscripserunt Ioann. Sadoletus, Alberic. Bellus, Antonius de Leutis, & Dominicus de Massa, Ioan. de Anan. *in consil.* 22. Et dicit Socinus Senior *in consil.* 217 *colum. fin. lib.* 2. pro hac sententia respondisse omnes Doctores Bononienses ac Perusinos, nec non & collegium Auenionense. Idem late respondit Iacob. Riminald. *in cons.* 223. *libr.* 2. Virgilius de Syluestris *inter consil Rimináld. consil.* 224. *eod. libr.* 2. idem respondit D. meus Cæphal. *in consil.* 45. *& in consil.* 46. *num.* 19. vbi alios refert, quibus adde Crot. *in cons.* 17 *num.* 38. *libr.* 1. & Roland. *in cons.* 23. *lib.* 3.

Et hæc conclusio maxime procedit quando testator heredes instituit filios, & iis decedentibus absq; fi- 4
lius, substituit filiam, hoc enim ipso manifeste patet, testatorem non abhorruisse genus fœmininũ, & non habuisse animum bona sua conseruandi inter solos masculos & agnatos, sicuti post alios multos elegantissime explicat Iacob. Menoch. *de præsumpt. libr.* 4. *parte* 2. *præsum.* ... *num.* 16. Et ita in specie nostra euenit, quia D. Bernard. testator, si decesserint omnes eius filii absq; filiis, substituit D. Andream eius filiam.

Et licet etiam agnatum, seu agnatos substituerit, hoc tamen nihil præteriis subiicit, si aliunde non appareat, eum habuisse animum conseruandæ agnationis, vt post Ludouicum Cursium respondit Ioan. Iunior *in consil.* 30. *num.* 2 *lib.* 4. *&* 13. *num.* 34. *libr.* 3. refert & sequitur Mantica *de coniecturis vltimarum voluntat. libr.* 11. *tit.* 14. *num.* 7. Et facit quod ratio conseruandi bona in agnatione † non procedit, nisi in spe- 5
cificatis personis, Decius *consil.* ... *&* 679. *numer.* 2. Antonius Tesaurus *decisio. Pedemont.* 138. *numero* 10.

Confirmatur hæc interpretatio in casu nostro, quia aliàs sequeretur absurdum, nisi filiorum appellatione in præsenti casu etiam fœminæ continerentur. Nam filia ipsius D. Iacobi, nempe D. Lucretia de qua agitur, non succederet in portione patris sui D. Iacobi, quod tamen est contra *l. cum auus ff. de cond. & dem. & l. cum acutissimi. C. de fideic.* ... *filiis vel filiabus. & l. generaliter. §. cum autem.* ... *sed ad filios vel filias. Codic. de institut. & substitut.* & contra mentem testatoris, qui in ea portione hereditatis, in qua cæteris heredibus suis Iacobum filium prętulit, censetur etiam omnem eiusdem Iacobi posteritatem prætulisse, vt notant Bald. & Castr. *in d. l. cum acutissimi. vterq; n.* 5. & Mantica *loco superius annotato. num.* 5.

Quibus tamen non obstantibus contrariam sententiam in præsenti specie veriorem esse, & magis legibus magis consentaneam existimo: & moueor sequentibus argumentis & rationibus.

Primum, quia † appellatione filiorum proprietate verbi inspecta fœminæ non veniunt, sed tantum 6
masculi, Bart. *in l.* 1. *num.* 2. *ff. de verb. sign.* Tiraquel. *de retract. consang. §.* 1. *Gloss.* 9. *nu.* 181. Menoch. *consil.* 514. *num.* 3 *lib.* 6. à sermonis autem † proprietate recedendum non est, *l. si alii. ff de vsufr. ... leg. l. non aliter de leg.* 3. 7
& licet ex interpretatione veniant etiam fœminæ, illa tamen cessat, vbi in contrarium coniecturæ sunt mentis testatoris, qui scil. masculos tantum comprehendere voluerit. Sed in casu nostro sunt coniecturæ, multæ & valde vrgentes.

Prima, nam testator præsumitur magis diligere filiam q̃ neptem, *l. si viua matre. C. de bonis mater.* ... nondum natam, sed nasciturani, *arg. l. qui filium. ... l. Titius. & l. idem tutor. ff. de suis & legit.* Sed in casu nostro, cũ testator D. Andr. filiam haberet, eam ab hæreditate sua exclusit, & heredes ipsius filios masculos fecit, inuicemq; eos substituit. Si ergo propter sexũ masculinum testator proprium filiam exclusit, credendum est, eum multo magis excludere voluisse neptem ex filio, q̃ nondum nata erat, & remotiori erat gradu. Hanc coniecturam vrgent in terminis ... *in cons.* 140 *col.* 5. *&* 14. *col.* 6. *lib.* 2. & ante eum Castr. & alii, quos refert & sequitur Soc. Sen. *in l. cum auus ... n.* 80. *ff. de cond. & dem.* Soc. Iu. *in cons.* 108. *n.* 37. *lib.* 2. ... *cons.* 150. *n.* 7 *lib.* 1. Alciat. *responso* 52. *ad fin.* Rolan. ... 28. *lib.* 2. Menoch. *cons.* 95. *nu.* 3... *lib.* 1. *& in cons.* 150 *nu.* 25. *lib.* 2. *& in cons.* 204. *nu.* 30. *lib.* 3. quibus in locis ...

lectio-

lectionibus etiam & contrariis argumentis respōdet, idem late docet & probat Mantic. *de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 14. nu. 20 vers. tertia etiam.*

Secunda coniectura ex eo nascitur, quod testator solos masculos heredes instituit, eosq; inuicem substituit, qui non alia ratione fecisse existimādus est, nisi
8 vt bona † sua conseruaret in agnatione, consequenter appellatione filiorum filias comprehendere noluisse, ita argumentati sunt Castr. *in consil. 79 li. 1.* Ias. 141. *col. 4 lib. 2.* Soc. Iun. 168. *n. 38. & 39. lib. 1.* Men. *d. cons. 95. n. 5 lib. 1 & 150. n. 35. li. 2.* quib. in locis respondet obiectis in contrarium. Tertio, quā in ciuitate extat statu-
9 tum, per quod extantibus masculis filiæ fœminę † non succedant, nunc appellatione filiorum non veniunt fœminæ, quia testator censetur secundū statuti dispositionē esse locutus, & solos masculos ad successionē vocasse. ita Soc. Sen. *cons. 6. n 20. in fi. lib. 3.* Ruin. 146. *n. 7. & 151. n. 3. lib. 2.* Curt. Sen. *cons. 45. col. 12.* Curt. Iun. 49. *nu.* 10. Gozad. 89. *nu.* 1. Zuccar. *in l. vlt n. 85. C. de edict. diui Adr. toll.* Cardin. Alb. *cons. 23. n* 10. D. meus Caph. *cons.* 46. *n.* 19. Menoch *cons. 95. n* 60. *&* 150 *n* 39. *& de præsumpt. lib. 4. præsu* 85. *n.* 2. Ant. Thess. *dec. Pedem.* 188 *n.* 14 *&* 17.
10 Quarto, si filiorum appellatio in præsenti specie contineret fœminas, absurdum † sequeretur: nam si mortuus esset vnus ex filiis institutis, relictis masculis & fœminis, ad successionem venirent tam fœminæ quam masculi, quod proculdubio repugnat menti testatoris, qui masculos solos instituit, ppria filia exclusa, item repugnat statuto Foroliuiensi, vocāti masculos ad successionē exclusis fœminis, hoc argum in terminis nostris vsus est Iacob. Menoch. *in co*. 95. *n* 77. *lib.* 1.
11 Quinto, argum. procedit de statuto † ad vltimas voluntates *l. si quis leg. uerit.* & ibi Bart. *de leg. 1.* sed quā statutum excludit fœminas, fauore agnationis cōseruādæ, vnde statutum Foroliuiense dicitur etiam excludere neptes ex filio: ergo & in testatore idē est dicendum, qui tales neptes excludere voluerit. Hoc argumento in specie vsus est Soc. Iun. *in cons. 158 nu. 46. & num. 77 lib. 2.* & ante eum Ias. *in cons. 141. col. 5. versic. secundo pro eadem parte. lib. 2.*

Sexto & postremo, quia ita in specie casus nostri communior est Dd. sententia, etsi enim in specie ista multi Dd. pro nepte responderint, & inter alios collegia Bononię, Perusii, & Auenioni, sicuti refert Paul. Castr. *in cons. 409 libr. 1.* necnon Rota Romana, Bononiensis & Florentina teste Marzar. *in epitome de fi-*
12 *deicommissu. quæst. 21. in secunda parte.* tamen contra † neptem alii longe plures responderunt, in terminis quæstionis nostræ, etenim hanc sententiam contra neptem secuti sunt in primis 53. Dd. quorum nomina & loca recenset Menoch *in consil. 95. num.* 90. nec non alii quos ipse commemorat *in consil. 150. num. 54. & in consil. 14 num 56 libr. 3* vbi scribit ac testatur 64. Doctores probasse hanc sententiam, quibus idem Menochius *de præsumptionibus. libr. 4. præsumptione* 85. *num.* 8. adiungit Ludouicum Molinam *libr. 3. de Hispanorum primu genituris. capit 5. numer.* 51. Hieronymum Gabrielem *in consil. 97. numer. 15 libr. 1.* & eisdem addi potest Alexander Trentacinquius vna cum quibusdam aliis quos commemorat Antonius Thessaurus *decisione Pedemontana* 188. *numer.* 6. & idem Menoch. *in cons. 124 lib. 6.*

Quæ quidem sententia in casu nostro videtur esse probabilior, tum ex argumentis superius adductis, tum ea potissimum ratione, quod si neptis comprehenderetur in hac conditione testamēto inserta, atq; in expressa ipsa substitutione, non solum præferenda esset filiæ testatoris, quod absurdum est, sed etiam patruis ipsis, h. e. filiis testatoris, quos tamen testator magis dilexit, & ante alios vocauit & substituit, in illis verbis: & si aliquis dict. filiorum decesserit sine filiis, alium siue alios superuiuētem, & superuiuentes, vel eorum filios substituit. Ex quibus verbis plane constat testatorem prius substituisse & vocasse filios suos, quam filios filiorum, nedum filias fœminas ac neptes, de quibus verisimile non est illas vllo modo sensisse sub nomine filiorum, ex argumentis & rationibus antea relatis.

Quod autem filiæ fœminæ institutis & substitutis masculis præferrentur, si ea sumeretur interpretatio, patet, quia facerent conditionē fideic. deficere, & patruos excluderent, sicuti responderunt oēs Dd. qui pro nepte contra patruū seu patruos consuluerunt.

Huc accedat, quod testator in præsenti casu nostro postquā filios suos masculos instituit, atq; inuicem substituit, tandem aliam adiecit substitutionem in fauorē D. Andr. filiæ suæ, & vnius ex agnatis suis, in eū casum, quo omnes eius filii absq; filiis decederent, quā quidem esse optimam † coniecturam, vt testator filio- 13
rum nomine filios masculos tantum, nō etiam filias fœminas contineri voluerit scriptum reliquit, post alios ab eo citatos Simon Prætus *de interpretatione vlt. volunt. lib 3 dubitatione 3. solut. 1. n. 48* refert & sequitur Anton. Thessaur. *in alleg. ta decis.* 188 *n.* 16.

Quibus sic stantibus non obstant argumenta in contrarium allata. Nā ad primum quod dicebatur, filiorum appellatione filias ēt contineri, quia masculinum concipit fœmininum: respondetur, id non ex ppietate sermonis accidere, sed ex interpretatione, quæ cessat propter coiecturas mentis testatoris, quæ non desunt, imo vrgentissimæ sunt in casu nostro, vt iam ex superius deductis demonstratum est.

Non obstat secundum argumentum ex authoritate eorum, qui responderunt, in huiusmodi conditionibus & substitutionibus, filiorum appellatione contineri fœminas, illasq; excludere substitutum et agnatum testatoris. Quia in contrarium est magis cōmunis Dd. sententia, siue numerentur siue ponderentur authoritates, sicuti optime deducit Menoch. *in cons. 95 & aliis locis supra citatis.*

Non obstat tertiū argum. in eo positum, quod testator substituerit filiā, si filii decessissent absq; filiis, ex quo patet, eum non abhorruisse genus fœmin. quia respondeo. Dd. in arg. citato loq. quā filia est testatoris immediate substituta filiis masculis, sed nō sic est in casu nostro, quia testator primo loco substituit mutuo filios masculos, ita scil. vt si quandocunq; aliquis eorū decederet absq; filiis legit. & naturalib. tūc superuiuentes succederē, vel alii eminentiū ... co, omnib. videl. filiis deficientibus ... substituit eius filiā D. Andr. in dimidia, & agnatū in alia dimidia: ex quo patet testatorē animū habuisse conseruandi bona sua in agnatione, atq; inter masculos primum & pcipue, & demum eis non extantibus vocasse filiā eius & agnatum. Consequenter ... in terminis lōge diuersis, & præcipue ... in quæstione, vtrum pro patruo responderetur sit, an vero pro nepte testatoris, in eo casu, quo filio herede instituit, eosq; inuicē substituit, si absq; filiis decederet. In qua quidem quæstione longe verior & communior est sententia pro patruo, quam pro nepte, si ... authores videantur, & eorum fundamenta, vt meminit Antonius Thessaur. *dicta decis Pedem.* 188. *n.* 6. contra Simonem Prętum affirmauerit, hanc, quę pro patruo est, communiorem esse sententiam.

Non obstat quartum argument. quia patet testatore ...

torem habuisse animum conseruandi bona in agnatione, non solum ex eo, q̄ filios masculos instituerit ac substituerit, sed etiam ex eo, quod illos & eorum filios prætulerit filiæ suæ iam natæ, & ex aliis coniecturis superius relatis.

Non obstat quod dicebatur rationē conseruandæ agnationis procedere tātum in personis specificatis, quia dato hoc, sine præiudicio veritatis, dicimus tamen illud non pertinere ad quæstionem nostrā, cum hic agatur de personis nominatis à testatore, nempe de filiis & eorum filiis masculis, vt nempe inter eos bona conseruentur, vt dictum est.

Ad vltimum argumentum respondetur dispositio-
14 nem *l. cum acutiss. & l. cum acutissimi.* fundatam † esse in præsumpta mente testatoris, lex enim præsumit testatorem voluisse tunc demum substitutū admitti, cum filius institutus decesserit, sine filiis, sine masculis, sine fœminis: Cæterū ab hac legis coniectura recedimus, cum in contrarium sunt cōiecturę & pręsumptiones, quod testator voluerit tantum filios masculos filiorū suorum admitti, & nō fœminas: vt post alios diligenter explicat & probat Menoch. *in sæpe d. cons. 95. nu 15. 26. lib. 1.* Sed in casu nostro sunt coniecturæ multæ & præsumptiones, vt iam à nobis demonstratum est, merito filiorū appellatione tantūmodo masculi cōtinentur, non etiam fœminæ. Et hæc de prima quæst.

Sequitur secunda quæstio: posito quod D. Lucret. succedere non debeat ex testam. D. Bernardi aui sui, vtrum admittenda sit ad successionē præfata D. Andrea, in qua quidē quæst. breuiter respondeo claram & perspicuā esse voluntatem testatoris; ita. n. in testamento scriptū est. Si vero oēs d. filii decesserint absq; filiis legitimis & naturalib. tunc substituit vulgariter & per fideic. D. Andr. eius filiam si vixerit, alias eius filios legitimos & naturales in dimidia suæ hereditatis, in alia dimidia Michaelem quondam Christoph. de Bonasegn. si vixerit, alias eius filios & cætera.

Sed Domin. Andr. iam viuit, & purificata est conditio fideic. quia decesserunt oēs filii testatoris absq; filiis: ergo ex verbis suis fideic. admittenda est ad dimidiam hereditatis, ita vt versemur in claris, nec ha-
15 benda sit † vlla quæstio voluntatis testatoris. *l. ille aut ille § cum in verbis. ff. de legatis. 3.* Quod si dicatur conditionem fideicommissi non esse purificatā, quia mortuus est D. Iacob. relicta D. Lucretia eius filia: ad hoc responsum patet ex his, quæ dicta sunt in prima quæstione: vbi demonstratum est, D. Lucretiam filiā fœmiinam non contineri sub appellatione filiorum, de quibus testator mentionem fecit in testamento.

Ad aliam vero hereditatis dimidiam admitti debet vocatus à testatore, videl. Michael de Bonasegn. vel eius filii, quod si nullus horum extet, vel hereditatem capere non possit, ita vt ex hac parte substitutio effecta fuerit caduca, tunc vniuersa hereditas ad Dom. Andream spectabat ex iure accrescendi, *iuxta legem vnicam. C. quando non petentium partes petentibus accrescant. & legem vnicam. § sin autem sub conditione. C. de caduc. tollend.*

Tertia quæstio est: In quantum succedere debeat in dicta hereditate D. Bernardi: huius quęstionis sensus est, vtrum tota portio sub fideicommisso relicta, sit D. Andreæ restituenda, an vero aliquid sit detrahendum ac deducendum, quod in restitutione fideicommissi non comprehendatur; & hac in re veras, & communes Doct. opiniones sequendo, nemini dubium esse potest, quin legitima & Trebellianica sint deducendæ.

16 Constat enim legitimam fideicommisso † exemptam, & nullo onere pergrauandam esse. *l. quoniam in prioribus. C. de inoffi. testament.* & ibi latissime Dd. & habetur *in auth. de triente & semisse.* Trebellianicam vero esse detrahendam hoc in casu, vna cum legitima, expresse cautum est, *in capit. Raynutius. de testamentis.* quare hæc sunt deducenda ex memorato fideicommisso.

Quanta vero sit legitima & Trebellianica hoc in casu, an fructus in ea sint computandi, & an amissa sit propter inuentarium forte non confectum, & si q̄ aliæ difficultates circa hæc oriri possunt: hoc tempore non respondebo, quia mihi huiusmodi quæstiones ꝓpositæ non sunt: sed si opus erit etiam super his sententiam meam D. Consulenti aperiam.

Transeo ad quartam & postremam quæstionem, quid dicendum & respondendū sit, respectu aliorum bonorum, personarum & testamentorum, quæ quidem bona D. Bernardi testatoris non fuerunt, nec in fideicommisso comprehensa sunt.

Ad hanc quæstionem vt breuiter & clare respondeam, quid statuendum sit de successione, & hereditate omnium personarum, de quibus in casu proposito fit mentio, ordine respondendum est.

Igitur ex facto proponitur in primis mortuum fuisse Dominicum testatoris filium intestatum.

Huic in bonis ab eo acquisitis (si quæ tamē acquisiuit) successerunt cæteri fratres, videl. Iac. Bonasegn. & Fabricius, exclusa Dn. Andrea sorore: quia sic expresse cautū est ex statuto Forolruiens. cuius copia est transmissa, salua tamen legitima Dominæ Lucretiæ eius matri, ex eodem statuto Forolruiensi, quod ita expresse disponit.

Secundo loco mortuus esse pręsupponitur Iacob. condito testamento, in quo relictis scutis bis mille D. Lucretiæ eius filiæ, heredes instituit D. Lucretiam eius matrem, & Fabricium & Bonasegnum eius fratres, & post eorum mortem instituit Dominam Andream eius sororem.

Huius ergo portio & hereditas ad eos spectat, quos ipsemet in testamento vocauit, itaq; D. Lucretiæ eius filiæ legatum duorum millium erit præstandum. Et quia mortua est iam Dn. Lucretia ac cæteri fratres, in testamento instituti, manifestum est, locum esse substitutioni D. Andreæ expresse vocatæ post eius mortem, detracta tamen ex dicto fideicommisso legitima matri debita, & Trebellianica tam ipsius, quam aliorum fratrum, qui restitutionis onere grauati sunt, pro authoritate Senatusconsulti Trebell. quæ quidem omnia expresse & clare decisa sunt atq; notissima.

Tertio mortuus est Bonasegn. mente captus, nullo condito testamento, eius portio & bona delata sunt ex dispositione statuti Forolruiēs fratri supstiti exclusa sorore & aliis, salua tamen legitima matri debita.

Quarto mortua est D. Lucretia mater, condito testamento, cui succedere debet D. Lucretia neptis, heres in testamento relicta, & D. Andrea in legato sibi facto, & de hoc nulla esse dubitatio potest.

Postremo decessit D. Fabricius intestatus absq; filiis, in eius portione & omni eius iure succedere debent æquis portionibus D. Lucretia eius neptis ex D. Iacobo fratre, & D. Andrea eius soror.

Et quidem secundum ius commune res est expedita, quod filius † vel filia fratris, ad successionem pa- 17
trui vocatur, vna cum fratre vel sorore. *vt in authen. vt fratrum filii. &c. & in auth. de heredib. ab intest. § si igitur.* Decius *in consil. 299. num. 6. cum multis aliis.* quos citat D. Cæphal. *in cons. 537. nu. 14. lib. 4.*

Idem

Idem est dicendum inspecto statuto Foroliuiensi. Nam fratribus vel filiis fratrum nō existentibus, sorores ad successionem vocat, vnde cum recipere debeat interpretationem à iure communi, sequitur dicendum si extet fratris filia, & frater vel soror, vtrum-
18 que succedere debere, quia ita † iure communi constitutum est, sicuti post alios multos ab eo citatos, ac in terminis statuti Foroliuiensis respondit idem D. meus Caphal. *in cons. 536. lib. 4.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Illustr. D. Barone Guidobonio.

ARGVMENTVM CONS. XXXVI.

De Transactione facta à puella minore ex falsa causa & nulla, & sine iuris solennibus.

SVMMARIA.

1 *Transactio facta à minore super re immobili sine decreto non valet.*
2 *Nisi parentes vt fieret testamento disposuerint.*
3 *Licet dispositio talis sit nulla.*
4 *Agnoscens testantis voluntatem non solennem compellitur eam exequi.*
5 *Ex assistentia nobilium cessat omnis suspicio.*
6 *Minori datur restitutio aduersus transactionem.*
7 *Seruanda est in foro conscientia testatoris voluntas etiam non solennis.*
8 *Rel... in minus solenni voluntate naturaliter debetur.*
9 *Transactio facit de indebito debitum.*
10 *Transactio facta à minore sine decreto non valet.*
11 *Transactio facta vbi nulla lis esse potest non valet.*
12 *Testamentum requirit septem testes, codicillus quinque.*
13 *Ex minus solenni voluntate testantis nulla oritur obligatio naturalis vel ciuilis.*
14 *Transactio nulla prætextu debiti facta quod nullum suberat.*
15 *Vnius testimonium non sufficit.*
16 *Minor restituitur aduersus solutionem indebiti factam ex minus solenni testamento.*

Christo Iesu inuocato.

PRIMO ponitur ex facto quendam magnæ nobilitatis virum, filiis masculis carentem, ac vnicam tantum filiam habentē, aliquando dixisse suę coniugi, se in animo habere de castro seu arce sua Zninenberg dicta disponere, in hunc modum, vt scilicet dicta arx remaneret in familia, & sex florenorum millibus suæ filiæ numerandis cederet, fratri suo, eiusq; success.siue heredibus masculis, deinde modico temporis spacio interiecto, eundē nobilem virum male valentem dixisse cuidam nobili eius affini iurium doctori, qui cum sua coniuge eundem inuiserat, cum incidisset sermo, vt fit, de testamentis condendis, se quoq; de testamento condendo aliquando cogitasse, & quod in eo voluerit, in fratris sui fauorē disponere, vt castrum Zninenberg perpetuo & apud masculos remanere deberet, sed se mutasse propositum, iam cogitantem, futurum forsan, vt nec ea quæ iam possidebant sui ex fratre nepotes vix essent retenturi. Sed rursus cū idē nobilis è thermis ægrotus rediisset, & vicinus morti esset, eum, (prout tunc retulit iā dicta vxor) interrogatum fuisse ab vxore sua, an haberet prætere a aliquid quod ipsum solicitaret, & an fratrem suum ad se vocatum vellet, ipsumq; negasse, sed tantum id se cupere dixisse, vt supradictum castrum in sua familia & apud masculos remaneret, sicut prius eidem vxori suæ, modo quo supra, dixerat, istamq; voluntatem ab eo enunciatam fuisse sola vxore præsente, eiusdēq; filia vnica supradicta absente. Mortuo autem dicto nobili viro, præsupponitur factam fuisse transactionem inter fratrem mortui prædicti & filiam eius relictam quæ tunc annorum erat quatuordecim, præsentibus & assistentibus ipsi filiæ pluribus nobilibus vna cum vidua matre, per quam transactionē fundatā super memorata dispositione dicti nobilis defuncti cōuentū est, vt filię supradictæ solutis à fratre memorati defuncti sex millibus eidē fratri dictum castrum remaneret, iure proprio, vt in casu deficientium masculorū, siue lineæ, adhuc alia duo millia numerarentur, dictę filiæ, eiusq; heredib. ac alia insuper capitula filiæ præiudicialia dictæ trāsactioni inserta fuisse, de quib tamen defunctus nihil disposuerat, proponiturq; dictam transactionē plurium nobilium assistētium sigillis roboratā fuisse, ac etiam ipsius viduæ ac puellæ manib propriis subscriptam. Quib ita se habentib. nunc dicta filia, quæ est viginti quatuor vel quinq; annorū nata, non obstante sex millium solutione sibi facta, vult à dicta transactione recedere, & castrum vindicare restitutis patruo suo dictis sex millibus. Quæritur quid iuris?

Videbatur prima (vt aiunt) fronte respondēdum, nobilem istam dominā nullo modo aduersus supradictā transactionem venire posse, neq; ex capite nullitatis ipsius transactionis, neq; ex capite rescissionis, seu in integrum restitutionis.

Nam quod attinet ad caput nullitatis, licet transactio facta à minore, per quā alteri relaxatur res immobilis minoris, sine † iudicis decreto nō valeat *l. nō solum. C. de prad. mino.* nihilominus quia facta est pro 1
executione voluntatis ac dispositionis defuncti patris, valere videtur: ita enim dicimus minorem sine decreto alienare posse prædiū, cum † testator dispo- 2
suit prædium debere vendi, *l. 1. in princ. ff. de reb. cor.* ibi nisi, vt id fieret, parētes testamento vel codicillis cauerent. *& l. magu puto. § si fundus ff. eod.* Bart. *in l. qui Roma. §. coheredes. in fin. ff. de verb. obl.* sequitur plures alios adducens Menoc. *de arbitr. iud. casu 171. n. 67.* idq; locum habet etiam quando testatoris voluntas & dispositio † ex defectu alicuius solennitatis esset nulla, 3
vt probat *l. vlt. ff. de reb. cor.* & firmat Menoc. *loco præcitato.* & in terminis quando minor soluit legatum ex minus solenni testatoris voluntate relictum, validam esse solutionem & rei translationem in legatarium factam à minore sine iudicis decreto, tradit Iacob. de S. Georgio *in l. 2. n. 5. C. si aduers. solut.*

Quæ sententia confirmatur in pręsenti casu, quoniam licet memorata defuncti voluntas & dispositio imperfecta, & minus solennis esse videatur, nihilominus filia heres patris talē voluntatem ac dispositionē agnouit, approbauit † atq; executioni man- 4
dauit, quo stante amplius ab ea reprobari non potest *l. non dubium. C. de testa.* si heres (inquit Imp.) volūtatem testantis legib. non subnixā sponte sua agnouerit, implendi eam necessitatē habet, & id locū habet, quāuis heres notitia habita istius voluntatis, ex iuris ignorātia ductus eādē agnouerit & approbauerit, vt firmat ibi Ale. & post Alex. Socin. *in cōs. 79. n. 5. 9. l. 4.*

Et hæc maxime recipienda esse vidētur in proposito, cum filia agnouerit & approbauerit sui patris voluntatē, matre præsente & consentiente, ac multis aliis nobilib. assistētib. quo in casu omnis videtur ces-

S sare

fare ſiniſtra ſuſpicio, ad not. *in l. tranſactionē. C. de tranſaction.* Alba. *in conſ. 11. num. 8. & 9. & ſeq.*

Quod vero attinet ad caput reſciſſionis ſiue reſtitutionis in integrum aduerſus tranſactionem ſupra-
6 dictā, licet regulariter minor † aduerſus tranſactionem initam reſtitui poſſit *l. 1. C. ſi aduer. tranſact.* & nouiſſ. pbat Sfor. Odd. *in tract. de reſtit. in integ. q. 66. art. 4.* nihilominus vt detur minori reſtitutio aduerſus trāſactionem, non ſufficit minorem læſum eſſe etiā vltra dimidiā, vt poſt Alex. Zaſ. & alios ex magis com. opinione oſtendit Oddus *vbi ſupra.* ſed in præſenti caſu non ſolum aliqua læſio vltra dimidiam (quæ tamen non ſufficit) adeſt, ſed nec vlla penitus læſio, nam iſta nobilis domina ex conſcientia mota executioni demandauit patris ſui voluntatem, licet imperfectam & minus ſolennem, quo in caſu minima lęſa dicitur, ſed opus pietatis egiſſe, nec reſtituenda venit Cyn. & Corn. *in l. 1. C. ad leg. falcid.* & idem Oddus *in d. tract. q. 52. art. 13. nu. 86.* vbi ita opiniones conciliando concludit poſt doct. quos allegat. Huc accedat, q̃ not. dixit Abb. *in c. cum eſſ. s. n. 9.* impugnantem teſtamētum ea ſola ratione quod careat ſolennitate iuris, mortaliter peccare, & Alex. *in l. nemo poteſt. n. 23. de leg.* & ibidem Ripa *n. 99.* heredem ſcriptum in teſtamēto mi-
7 nus ſolenni tutū eſſe in foro † conſcientiæ, ſi hereditatem poſſideat Bald. *in l. 1. C. de teſta.* & ibidem Iaſon *n. 7.* legatarium quidem legatam in minus ſolenni teſtamento conſequi non poteſt, iuſte poſſe eam furto ſubtrahere, & alibi dixerunt Iaſ. *in l. cum quis. n. 15. C. de iuris & fact. ignor.* Rip. *in l. nemo poteſt. n. 97. de leg. 1.* Alc. *in c. nouit. n. 47. de iud.* legatariū cui in teſtamento minus ſolenni factum eſt legatum poſſe aduerſus heredes ab inteſtato ſuccedentes vti denunciatione Euangelica ac deniq; legata in minus ſolenni teſtamēto omnino debere ſcriptum reliquerunt Inno. *in ca. quod ſicut. de elect.* Iaſ. *in l. ſi non ſortem. ff. de cond. indeb.* Alc. *in l. quinq. ped. n. 54. C. fi. regund.* Tiraq. *de leg. connub. gl. 2. num. 21.*

Confirmatur hæc ſententia, nam id q̃ à defuncto eſt † diſpoſitū minus valide & ſolenniter, nihilominus naturaliter debere dicitur: vt eſt magis com. opinio de qua fidem faciunt Alex. *in d. l. non dubium C. de teſta.* & Iaſ. *in l. cum quis n. 1. C. de iur. & fac. igno.* ideoq; ſolutum repeti non poteſt, vt fatentur Didac. *in c. cum eſſ. s. poſt n. 9. verſ. tertium quod ad primam.* & Menoch. *in tract. de præſumpt. lib. 1. quaſt. 80. n. 21.*

Quod maxime dicendum videtur vbi ex cauſa
9 tranſactionis eſt ſolutū, quæ facit de † indebito debitum *l. eleganter. ff. de cond. indeb.* & ob eam datū repeti non poteſt Bero. *in conſ. 178. n. 1. lib. 1.* Purpura. *in conſ. 456. n. 17.* Rim. ſen. *in cōſ. 753. n. 2. lib. 4.* Bec. *in cōſ. 109. n. 7.*

Iſtis tamen non obſtantibus maturius ac diligentius re perpenſa, contrarium iuris eſſe arbitror, videlicet dictam nobilem dominam aduerſus iſtā tranſactionem venire poſſe, tum ex capite nullitatis eius, tum ex capite reſciſſionis, ſeu in integrum reſtitutionis, aduerſus ipſam tranſactionē, atq; ita memoratū patruum puellæ, qui ex tranſactione caſtrum habuit à nepte ſua, condemnandum eſſe ad reſtituendum ipſi filiæ dictum caſtrum vna cum cæteris bonis, quæ habuit ex trāſactione p̄dicta, reſtitutis tum ſibi dictis ſex millibus à nepte. Moueor quod pertinet ad caput nullitatis tranſactionis duplici fundamento:

10 Primum eſt, quoniam † certa eſt iuris definitio, tranſactionē à minore viginti quinq; annis factam, ſine iudicis decreto, nullam eſſe, & minorem vendicare bona poſſe quæ ex cauſa eiuſmodi tranſactionis dedit: ita decidit Imp. *in l. non ſolū. C. de præd. mino.* idq; tradunt paſſim omnes docto. nemine diſcrepāte, ibi & *in l. 1. C. ſi aduerſ. tranſact.* Ange. Aret. *in §. nunc autem admonendi n. 4. Inſt. quib. alie. li. vel non.* Rui. *in conſ. 11. n. 2. lib. 4. & 129. n. 3. lib. 5.* Io. Crot. *conſ. 296. n. 38.* Alb. *in cōſ. 11. n. 18* Soc. iun. *in conſ. 144. lib. 1.* quem ſequitur Rol. *in conſ. 7. n. 18. lib. 3.* Menoch. *de arbitr. iud. caſu 171. nu. 40.* D. meus Cæphalus *in conſ. 207. num. 17. lib. 1.*

Cum itaq; tranſactio de qua agitur facta fuerit ſine iudicis decreto, ſequitur dicendum, eam nullius momenti eſſe, & minorem admittendā eſſe ad bona ipſa recuperanda nō obſtante tranſactione prædicta.

Secundum fundamentum eſt, nam tranſactio facta, vbi † nulla lis eſt, nec eſſe poteſt, quia res clariſſi- 11
ma eſt & euidens, nullumq; penitus habet dubium, nequaquam valet *l. 1. ff. de tranſact. l. in ſumma l. eleganter. ff. de cond. indeb. not. in l. ſub prætextu. C. de tranſ.* Crau. *in conſ. 152. n. 10* Rimin. *in conſ. 102. n. 30. lib. 1.* Soc. iun. *conſ. 144. lib. 1.* Alba. *conſ. 89* Natta *conſ. 543. nu. 32. cum plurib. ſeq.* Simon de Pret. *conſ. 7.* Sed in propoſito caſu nulla erat lis, nec eſſe poterat, quia clariſſimi iuris erat ac penitus indubitati, nihil deberi fratri ex memorata diſpoſitione nobilis viri prædefuncti, ergo occaſione iſtius diſpoſitionis ac voluntatis facta trāſactio cum minore filia minime ſubſiſtit penituſque corruit. Iſta minor propoſitio vt probetur clare oſtēdendum eſt. Primo memoratam defuncti diſpoſitionem ac voluntatem, coram vxore ſua enunciatā, nullius eſſe momenti. Secundo, nullo penitus iurē obligatam fuiſſe puellam ad dandam patruo ſuo arcem ſupradictam. Ac poſtremo eius patruum nullo modo agere potuiſſe, nec aliquam litem occaſione prædicta mouere aduerſus ſuam neptem, niſi clare & euidenter calumnioſam & iniuſtam.

Primum hoc quod diximus ſcilicet iſtam defuncti voluntatem coram vxore ſua declaratam, nullius eſſe momenti euidentiſſime probatur: nam non poteſt valere in vim teſtamenti: quia teſtamentum re-
quirit † ſeptem teſtes ex iure ciuili. *l. iubemus. C. de teſtam.* ex iure autem canonico duos teſtes cum parocho. *c. cum eſſes ex eod. tit.* hic autem vnus tantum teſtis ſcilicet vxor interfuiſſe præſupponitur. Non poteſt valere vt codicillus, quia requirunt quinque teſtes. *l. fin. C. de codicill.* Non vt donatio de mortis cauſa, quæ requirit pręſentiā donatarii *l. inter mortis. ff. de donat. cauſ. mort.* & quinque teſtes. *l. fin. C. de donat. cauſ. mortis.* ergo nullo modo valet. 12

Secundo diximus nullo iure obligatam fuiſſe puellam ad dandam arcem patruo ex recitata patris defuncti voluntate ac diſpoſitione.

Hoc probatur, nam ex minus ſolenni teſtatoris voluntate † non oritur aliqua obligatio ciuilis 13
nec naturalis: & de ciuili quidem nemo dubitat, ſed & de naturali idem eſt dicendum, ita probat Iaſ. *in l. 1. num 16. ff. de cond. indeb.* & multos alios adducens ita concludit Didac. *in c. cum eſſes. n. 9. verſ. tertium quod ad primam opinionem adduximus. de teſta.* Meno. *de præſump. lib. 1. c. 80. n. 19* vbi ait inſtitutum heredem in minus ſolenni voluntate, vel legatarium cui ſimili in teſtamento factum eſt legatum retinere vel hereditatem vel legatum non poſſe, ſi ab herede ab inteſtato venienre requiſiti ſint vt reſtituant: & multo minus ſcriptum illum heredem & legatarium actionem habere aduerſus heredem ab inteſtato venientem.

Ex quibus infertur, quod poſtremo diximus, nullo modo iſtum patruum agere contra neptem potuiſſe, pro conſequenda arce prædicta, nam ad actionem producendam, neceſſaria eſt obligatio naturalis & ciuilis. *l. iuriſgent. ff. de pact. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procurat.* tradit Iaſon *in §. 1. Inſt. de act. & alibi paſſim.* hic autem nec ciuilis ſubeſt obligatio nec naturalis.

Non

Non erat itaq; timēdum de aliqua lite à patruo mouenda, cum nemo sine actione agere valeat. *l. si pupilli. § veliamus. ff. de neg. g. st.* vbi I C. inquit, quoniam conueniendi eos facultatē non habuerit, qui nullam actionem intendere potuit, idem dicitur *in l. quoties. §. ne si temporali. ff. de a . min. tuto.* ibi, aduersus alios enim experiri sine actione non potuit. Et ita in terminis, transactionem esse calumniosam, ac nullam, quan-
14 do facta est sub prætextu debiti & † nil actori debetur, docet Castr. *in l. in summa. num. 3. ff. de cond. indeb.* & idem consuluit in casu, quando actor actione carebat. Curt. senior *in cons. 71. n. 4 & 215.* sic etiā cōsuluit Angel. *cons. 94. col 5. vers hanc autem.* Roma. 517. *n.* 18. Soc. iun 144 *n. 16. lib.* 1. Dec. 351. *n.* 3. Rimi. 102. *nu.* 27. *lib* 1. Aymo. 152. Natta. 543. *n.* 28.

Quæ omnia multo magis in casu isto recipienda sunt quoniam nos non versamur in casu, in quo appareat de voluntate defuncti in aliquo testamento, vel alia dispositione minus solenniter cōfecti, ita vt voluntas quidem testatoris manifesta sit, & defectus sit tātum in solennitate actus celebrati, sed versamur in casu, in quo nec apparet quidem de voluntate ipsa defuncti: nam in puncti casu ita defunctum voluisse
15 ac statuisse, nemo fidem facit, nisi vxor, quæ sola † id nō probat, cum in ore duorū vel triū stet omne verbum. *c. in omni negocio de testibus.* & vnicus testis, quacunq; præfulgeat dignitate, nō ꝓbet *l. iurisiurand. C. de testib.* late Anto. Gabi. *com. concl li. 1. tit. de testib. concl. 7. n.* 15. Et hæc quo ad caput nullitatis trāsactionis factæ.

Quod vero pertinet ad alterum caput restitutionis in integrum, similiter res est clara pro ista filia, nā pro ea in terminis est casus. *in l. 2. C. si aduer. solut.* indebito legato (ait Imper.) licet † per errorem iuris à mi-
16 nore soluto repetitionem ei decerni si necdum tempus quo restitutio postulatur excesserit, rationis est. Glo. ibi *in vers. indebito.* exemplum ponit, si aliquid relictum fuerit in vltima voluntate minus solenni, & *in ver. licet per errorem.* ait Gl. quia pater fecit legatū non adhibitis septem testibus. Iste est præcise casus noster nam puella minor 15. annis proponit, dedisse patruo suo arcem relictam, à patre in vltima voluntate minus solenni, & nō adhibitis septē testib. Nam per ignorantiā iuris eam dedisse præsumitur, cū minor esset, & mulier *l. regula. ff. de iu. & fa. ig. 10. Nou. in auth. de incest. nup. in prin.* Rui. *cons* 122. *n.* 18. *li.* 5. Franc. Bec *in cons.* 109. *n.* 18. & 11. *nu.* 14. D. meus Cephal. *cons.* 377. *n.* 98 *lib* 3. Menoc. *de præsump lib. 4. præsump.* 82 *n.* 4. 5. & *seq.* Hic igitur casus deciditur per illū tex. *in d. l. 2. C. si aduer. solut.* iuncta interpretatione glo. quæ exemplum illud affert, in relicto à patre facto nō solenniter, & hoc exemplū ꝓbant ibi Bar. Castr Iacob. de S. Georg Corne & cæteri Dd. comm. ergo non est iam vllo pacto ambigendū, quin ista domina agere possit, & à patruo arcē datā repetere cum aliis bonis ei datis, cum nondū tempus, quo in integrū restitutio cōceditur, excesserit, *vt inquit tex. in d. l. 2.* quib. sic stātib non obstant ea q̄ ꝓ cōtraria parte deduximus. Nā ad primū respōdetur rem minoris alienari posse sine decreto iudicis quando testator mādauit eā alienari, vt habetur *in d. l. magis puto. § si fundus & in l. si. ff. de reb. cor.* Sed in præsenti casu negatur patrē mandasse arcē alienari in patruū modo supradicto; nā hic pater nō fecit testamentū, in quo id mādauerit, nec eundē ita disposuisse ꝓbatur, nisi ex vnius testimonio quod de iure sufficit, nō tantū ad solennitatē voluntatis testatoris, sed nec ad probandam veritatem rei sic gestæ. Secūdo aliud est si testamentū in minus solenni dispositione mandet rē vendi, prout loquitur cōtrariū: aliud vero si rē ipsam relinquat & præstari mandet ab herede. Et ideo in casu *d. l. 2. C. si aduers. solut.* vbi agitur de solennitate legati facta à minore quādo legatum relictum est in vltima voluntate non solenni, licet Iacob. ibi dixerit solennitatē factam & à minore etiā sine decreto valere in executione volūtatis defuncti *ex d. § si fundus, nihil.* Bart. Castr. Corne. & cæteri magis cōmuniter ibi intelligunt illam solutionē factā fuisse à minore cū authoritate curatoris & seruatis solennitatib requisitis: alioqui dicunt nō fuisset opus in integrum restitutione, quia mero iure solutio facta per minorē non valuisset, & potuisset res solutas recuperare absq; in integrū restitutione & tamē solutio erat facta pro exequenda testatoris voluntate. Tertio hic non versamur in simili executione voluntatis testatoris, sed in contractu transactionis in quo multa extant pacta & capitula ēt extra ea quæ defunctus vxori suæ communi asse asseritur, ergo transactio à minorē facta sine iudicis authoritate non valet, *l. non solū. C. de præd. mino. cū aliis supra relatis.* Non obstat ꝙ secundo dicebatur voluntatem illam testatoris fuisse agnitā & approbatā à filia herede: quoniā verum est regulariter heredē agnoscentē testatoris dispositionē ēt imperfectā, necessitatē habere eā implēdi, vt dicitur in cōtrario, sed contrariū nō procedit in herede minore 25. annis transigente: quia nō habet legitimā personā transigendi & relaxandi res imobiles absq; solennitatibus à iure requisitis *d. l. non solum. C. de præd. mino.* cum aliis ad hoc ꝓpositū adductis supra. Item respōdetur contrariū non ꝓcedere in herede minore relaxante rē immobilē ex testatoris voluntate minus perfecta & solēni, nā talis relaxatio & solutio ab eo facta sine curatore & decreto iudicis, nihil valet, vt diximus supra, ex Bart. Castr. Corne. & aliis *in d. l. 2. C. si aduers. solut.* dum intelligunt ibi solutionē legati à minore factā fuisse soleñiter: alioqui dicentes valere nō potuisse, & tum loquuntur in herede minore qui agnouit testatoris voluntatē, de qua constabat, licet testamentū esset minus soleñe. Et propterea multo magis hoc dicendū est in casu nostro nil valuisse hāc agnitionē & ap ꝓbationē voluntatis patris, factā à filia transigente, nedū soleñitas, cū vt supra dictū est, minime ꝓbetur hæc ipsa imperfecta & nō solennis voluntas, nisi ex testimonio vnius, ꝙ non sufficit. Et ille interuentus amicorū & nobilium assistentiū puellæ, vt dicebat Natta *in cons.* 543. *n.* 38 nullā facit præsumptionē nec attēditur, vbi cōstat de cōtrario scilicet indebite factā trāsactionē, ꝓut in p̄senti casu manifeste cōstat ex his q̄ diximꝰ, prout ēt similis assistētia fuerat in casu transactionis, super qua consuluit Soc. iun. *cons.* 144 *lib.* 1. & q̄ concludit nō valuisse sine iudicis decreto & aliis soleñitatib. Non obstat quod dictū est filiā in integrū nō esse restituendā aduersus transactionē, quia non fuit in aliquo læsa, quinimo opus pietatis exercuit, exequendo voluntatē patris sui, licet minus solennē, quoniā hic aduertendū est; nā aliquādo vere cōstat de testatoris volūtate & tantummodo deficit solennitas ad illā voluntatē exprimendā de iure requisita, & sic veritas rei habetur, sed deficit soleñitas actus, tunc si heres minor cōscientia motꝰ sciens se nō teneri, soluerit legatū relictū in testamēto minus solenni nō auditur si velit restitui, ita declarat Sfort. Od. *in memorato loco.* qui ita loquitur & concordat opiniones Cyn. Cor. & aliorū. Iste nō est noster casus, nā inprimis nō cōstat veritatē esse ꝙ pater puellę ita disposuerit. Sola est vxor q̄ hoc testatur & nō sufficit, quia vnica testis est, vt diximus. Secundo non potest dici filiā ex cōscientia isto in casu motam castrū relaxasse: nā filia non erat præsens, quādo asseritur, patrē ita ordinasse, & sic non fuit conscia,

de tali voluntate patris sui. Item filia non relaxauit castrum, sciens se non teneri: quod enim filia scierit se non teneri & nihilominus voluerit relaxare castrum, hoc non probatur, quin imo iuris præsumptio est in contrarium, scilicet puellam & minorem ignorasse iura sua, *l. regula ff. de iur. & fact. igno.* Menoc. *de præsump. lib. 3. præsump. 82. n. 4. & 5. cum aliis supra deductis in fundamento quod pro puella fecimus circa restitutionem in integrum.* Aliquando vero minor errore & iuris ignorãtia ductus, atq; adeo imprudenter & inconsulte legatum soluit in voluntate minus solenni relictum, & tunc minori est subueniendum aduersus solutionem factã, ita concludit Sforr. Odd. *in eod. loco sup. citato.* Iste est casus noster quia hæc puella tunc, & minor, præsumitur ignorasse iura sua, vt dictũ est: & tanto magis de errore ignorantiaq; iuris ac imprudenti deliberatione constat, quanto minus apparet, talem fuisse in veritate patris defuncti voluntatem, vt sæpe diximus. Non obstat id quod dicitur, ex minus solenni voluntate oriri naturalem obligationẽ ad hunc effectum saltem, vt impediatur debiti soluti repetitio, ex Didaco & Menoch. in locis præcitatis: quoniam hoc procedere potest in maiore soluente, qui naturaliter erat obligatus, is non potest repetere solutum, sed secus est in minore 25. annis soluente, etenim tenor viginti quinque annis soluens id quod tantum naturaliter soluere tenebatur, restituitur aduersus solutionem & repetit soluta, ita firmant Glo. Bart. Bald. is, Ange. Iacobi. Alber. & Castr. in *leg. 2.* [illegible] *fol. 1.* Bald. & Corn. *in l. 1. C. ad l. falcid.* alios [illegible] Odd. *de rest. in integ. q. 52. art. 13. n. 34. vers. sed contra est communis opinio.* Non obstat quod dicitur indebite solutum ex causa transactionis repeti non posse, quia primo responderetur hoc esse verum, quando transactio sit valida & solenniter celebrata, secus autem si sit nulliter facta, item quando transactio vere & sine calumnia fuit facta, quia lis erat vel esse poterat, non autẽ vbi nulla lis erat nec esse poterat, ita expresse dicitur *in l. in summa. ff. de cond. indeb.* ibi, sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur, & inibi doct. omnes tradunt & Castr. *ibi. n. 3.* ait tunc esse calumniosam, quando trãsactio fit cum eo cui nihil debetur, idem tradunt Alex. *in cons. 102. nu. 9. lib. 1.* Dec. *in cons. 350. col. 2. vers. non obstat quod solutum cum cõcord. sup. relatis in hoc proposito.* At in casu nostro vtrumq; concurrit, quãuis vnum ex his sufficeret, nam & transactio ipsa vti facta à puella minore sine iudicis decreto & aliis requisitis nulla est, *vt supra diximus*, & est euidenter calumniosa ac iniusta, cũ nulla lis esset mota, nec moueri posset per patruum prædictum, qui nullã actionem habebat vt supra ostensum est, igitur nõ obstat argumentum. Non obstant reliqua omnia quib. dicitur heredẽ oppugnantem testamentũ, ex eo, quod minus solenniter confectum sit, peccare. Item heredẽ & legatarium tuta conscientia possidere posse hereditatẽ & rem legatam in minus solenni testamẽto. Item eosdẽ posse furto subtrahere, ac denunciationẽ euangelicam intentare, ac deniq; omnino deberi quod relinquitur in testamento non solenni. Quoniam respondemus in casu nostro nullum adesse testamẽtum, nec aliam vltimã voluntatẽ à testatore cõfectã, in qua legatum vel hereditas cõtineatur. Deinde dicimus ista omnia pertinere ad forum conscientiæ. Postremo quod omnia magis percutit, non esse vera de iure, prout latissime confutantur à Didaco *in d. c. cum esses. de testa.* & à Meno. *de præs. lib. 1. q. 90.* vbi rationes & authoritates congerunt ad ista refellenda, quæ nos ex industria non transscribimus. Et quæ in proposita quæstione maxime locũ habeãt, in qua fidelicemus in foro conscientię minoris transactionẽ validã esse sine decreto iudicis, item transactionẽ valere, vbi nec lis est, nec esse potest, item minorem restituendum non esse aduersus solutionẽ factam indebite, etiã quando subest naturalis obligatio: sanctissimæ Imperatorum leges, quæ passim in rep. obseruantur, & quib. contrarium dicitur, peccatum nutrirent, quæ omnia sunt absurda, & ideo nequaquam admittenda.

A. Fachineus Ingolst. nomine collegii.

Pro eodem Illustr. D. Barone Guidobonio.

ARGVMENTVM CONSILII XXXVII.

De transactione eãdem, de qua in præcedenti consilio.

SVMMARIA.

1 *Potest minor 25. annis rem alienare absq; decreto iudicis & aliis solennit. quãdo sic pater in testamẽto disposuit.*
2 *Minor nõ restituitur aduersus contractũ nisi fuerit læsus.*
3 *Testamentum nuncupatiuum non requirit scripturam.*
4 *Septem testes requiruntur ad probandum testamentum.*
5 *Fallit inter liberos quia sufficiunt duo testes.*
6 *Idem si de testamento patris constat ex confessione partis.*
7 *Iuramentum in supplementum deferendum est ei, qui vnum testem habet, omni exceptione maiorem.*
8 *Confessio verbis enunciatiuis facta probat inter partes.*
9 *Licet de enunciato contingat principaliter disputari.*
10 *Sacramenta puberum seruanda etiam in donatione, etiam absque curatoris authoritate.*
11 *Quod procedit licet contractus sit nullus.*
12 *A pari procedunt iuramentum & promissio sub fide.*
13 *Ex lapsu tẽporis solẽnia præsumũtur in cõtractu minoris.*
14 *Si transactio fuerit diu obseruata purgatũ dicitur omne vitium si quod habuit.*
15 *Bona fides præsumitur. (minori detur.*
16 *Restitutio in integrum aduersus transactionem quando*
17 *Et tunc æstimandus est dubius litis euentus.*
18 *Transactio facta ex falsa causa est nulla.*
19 *Septem testes requiruntur ad substantiam testamenti, non autem ad probationem.*
20 *Quinque testes in codicillis requiruntur.*
21 *Transactio nulla est, vbi nullus est timor litis.*
22 *Allegans sibi aliquid esse relictum probare compellitur.*
23 *Transactio minoris super rebus immobilibus facta sine decreto & aliis solennibus non valet. (alios.*
24 *Testamẽtũ inter liberos imperfectũ seruandũ, nõ quo ad*
25 *Testiũ numerus in testamento est de forma substantiali.*
26 *Ideo non sufficit de eo constare per confessionem partis.*
27 *Modus probandi testamentum patris inter liberos aliter quam per testes.*
28 *Verba enunciatiua inter ipsas partes quãdo nõ probent.*
29 *De eodem.*
30 *Confessio erronea nemini nocet.*
31 *Minor restituitur in integrum aduersus propriam con-*
32 *Omissio formæ substantialis vitiat. (fessionem.*
33 *Testimonium fieri debet parte citata.*
34 *Vnius testimonium non sufficit.*
35 *Mater pro filio, vel contra, testis esse non potest.*
36 *Fidei interpositio non habet vim iuramenti.*
37 *Auth. sacramẽta puberũ. C. si aduersus vend. limitatur.*
38 *Ponitur alia limitatio.*
39 *Ex lapsu 10. annorum solentia præsumi quomodo pro-*
40 *De eodem. (cedat.*
41 *De eodem.*
42 *Mala fides præsumitur ex titulo nullo.*
43 *Minori datur restitutio aduersus transactionem licet non probetur læsio vltra dimidiam.*

Dñ

Dei omnipotentis auxilio humiliter implorato.

QVANQVAM in hac causa doctissimis argumentis ac subtilissimis rationibus excellentissimus D. Iacobus Menochius & alius doctissimus ac præstantissimus iureconsultus responderint pro illustri ac Generosa D. transigente, triplici ex capite ostendentes, eidem esse succurrendum. Primo quoniam transactio nulla est. Secundo, quia ex falsa causa ac iniusta secuta fuit. Et tertio, quia aduersus transactionem in integrum sit restituenda tanquam minor ac læsa. Nihilominus tamen omnibus diligenter inspectis ac consideratis, videbatur nobis prima facie contrarium respondendum Principio, si quidem hæc est certa iuris conclusio, quod si constaret patrem illustriss. D. actricis ita in vltimo testamento seu vltima voluntate disp[illegible]sse, vt castrum suum Zninenberg maneret in [illegible], & sex millibus florenorũ filiæ suæ numerandis [illegible]retur fratri suo, transactio superinde secuta v[illegible] Nec tanquam ex falsa causa secuta rescindenda [illegible]. Nec filia se se læsam allegare posset, & consequenter in integrum restitutioni locus haudquaquam foret. Sed ex facti specie proposita ex instrumentis, & aliis ad nos transmissis constare videbatur, de tali voluntate ac dispositione patris memoratæ Dominæ transigentis, ergo nec læsa videbatur, nec in integrum restituenda, & transactionem ipsam valere.

Maior argumenti propositio in iure est satis certa & explorata. Vbicunque enim minor viginti quinque annis rem immobilem alienat pro executione voluntatis ac dispositionis testatoris valet alienatio, 1 etiam absque decreto † iudicis & aliis solennitatibus facta. *l. 1. in principio. ff. de reb. eorum* in illis verbis. Nisi, vt id fieret, parentes testamento vel codicillis cauerent *l. magis puto. §. si fundus. ff. eod. tit* Bartol. *in l. qui Romæ § coheredes. in fine ff. de verb. oblig.* Quæ loca in hanc sententiam citat Menochius *de arbitr. iudic. casu 171. num. 67.* vbi *ex l. vlt. ff. de reb. eor.* docet, id procedere etiamsi testatoris voluntas ac dispositio ex defectu alicuius solennitatis esset nulla. Nullitas ergo transactionis obiici non posset eo p[illegible] quod transactio à minore facta si[illegible] absque decreto iudicis, & aliis sole[illegible] non subsistat, vt habetur *in l. non solum C. de pr[illegible]* & tradit Glo. communiter recepta. *in l. 1. C. [illegible] transaction.* latiusque deducunt præfati Domini consulentes, ac respondentes.

Ex quo sequitur, vt ex falsa causa aut iniusta celebrata hæc transactio dici non possit: quinimo ex causa iusta & vera pro exequenda defuncti voluntate facta diceretur, consequenter Domina transigens nullo modo læsa videretur, & idcirco nec in integrum restituenda: explorati enim iuris est aduersus 2 contractum † minorem non restitui, ex eo solo, quod sit minor, nisi etiam sit læsus. *l. nam & postea. §. minor. ff. de minoribus. l. non omnia. ff. eod. & l. quod si minor. § 1. & expresse habetur in l. minoribus. C. de in integrum restitutione.* tradit nouissime Sfortia Oddus *in tractat. de in integrum restitut. quæstione prima, articulo primo.*

Minor autem propositio quod videatur constare de tali voluntate ac dispositione patris Dominæ 3 transigentis, sic probatur. Nam certum † est testamentum nuncupatiuum seu disposita in testamento nuncupatiuo, non requirere necessario scripturam, sed probari posse per testes. *l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. de testam.* Bartol. *in l. Dominus Labeo. §. 1. ff. eod.* Abbas *in c. insuper. colum. 6. de testibus.* multos alios citat in hanc sententiam Iosephus Mascardus *de probationibus. vol. 3. concl. 1352. num. 13.* Et licet regulariter septem testes † requirantur ad probandum testamentum. *l. hac consultissima. l. in testamento. l. vlt. C. eod. tit.* Boerius *decis. 218.* Couuar. *in c. cum esses. de testa.* cum aliis à Iosepho Mascardo citatis *loco annotato. num. 14.* tamen cum in præsenti casu agatur de testamento seu vltima voluntate ac dispositione patris inter liberos facta, duo † testes sufficiũt vt tradunt Cynus, Bart. Angel. Paulus Castr. Salyc. & reliqui. *in d. l. hac consultissima. §. ex imperfectio.* Et bene facit quod scribit Bartol. *in l. militis. § veteranus. ff. de testam. milit.* vbi dicit se ex facto habuisse hanc quæstionem. Producebatur quoddam testamẽtum scriptum, & publicatum in quo erant scripti filii testatoris heredes & rogari per fideicommissum restituere, quod testamentum erat corrosum, adeo quod non apparebant, nisi duo testes, dicit Bartol. se respondisse contra alios, testamentum illud valere *per tex. in dict. leg. hac consultissima. §. ex imperfecto.* refert & sequitur Natta *in consil. 423 numero secundo.* Quinimo vnus tantum testis sufficit, si concurrat aliqua alia coniectura vel indicium. *l. vlt. C. fam. hercisc.* Iacobus Philippus Portius *in cons. vndecimo. numero vndecimo.* refert & sequitur Ludouicus Zunthius *in cons. pro vxore. num. 69.* Idem est si de testamento seu voluntate patris constet per † confessionẽ partis, vt tradit Corneus *in consil. 118. num. 7. & cons. 307. num. 7. libro 3.* Natta *in repet. d. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. quæst. 29. num. 131.* Quod ante omnes dixit Iacob. Beluis. *in authen. de testamento imperfecto. vers. & nota quod talis dispositio.* Ludouicus Zunthius *vbi supra num. 68.* 4 5 6

Sed in proposita specie hæc videntur concurrere. Nam testis vnus, nempe mater Dominæ transigentis, eam fuisse voluntatem confitetur, vt præsupponitur in facto, & patet ex transactionis literis, idem ipsa Domina transigens fatetur in eisdem literis trãsactionis.

Atque hic considerabamus testimonium esse matris & quidem nobilis, quæ † non præsumitur mentiri, maxime in præiudicium filiæ suæ: & quod negari non potest quin sit testimonium omni exceptione maius, quo stante deferendum esse videbatur iuramentum in supplementum probationis parti aduersæ, ex notatis per Bartol. Alber. Castr. Alex. & Iasonem *in l. admonendi. ff de iureiurand.* vbi Ripa *sub num. 175.* communem dicit esse sententiam, alios citat Anton. Gabriel. *comm. concl. tit. de testib. concl. 1. n. 45.* 7

Et licet confessio ipsius Dominæ transigentis verbis enunciatiuis facta videatur, probat † tamen inter ipsas partes. *l. optimam. C. de contrah. & commit. stip.* Affl. *decis. 83 n. 1. & 4.* vbi dicit verba in instrumento prolata præsentibus partibus, semper facere fidem contra eas. Et quod verba confessionis etiam assertiua plene probent contra confitentem tradit Romanus *cons. 63.* sequitur Iason *in l. iurisgentium. §. quod fere. col. 2. vers. limita prædicta. ff. de pactis.* Cæphalus *in cons. 397. n. 53 lib. 3.* Et hæc cõclusio procedit etiam si de † enunciato contingat principaliter disputari sicuti tradit Dom. Socinus senior *in consil. 68. colum. penultim. libro quarto* ex doctrina Bartoli. *in l. gerit. numer. 15. ff. de acquir. hered.* cui sententiæ adstipulatur textus. *in §. illud. in authent. vt fratr. filii.* vbi per instrumentum donationis propter nuptias, in quo fit mentio matrimonii, 8 9

S 3 trimonii

trimonii, matrimonium dicitur probari, etiam si de matrimonio contingat principaliter disputari. Et licet aliqui contrarium dixerint, inter omnes tamen conuenit, eiusmodi confessionem vim habere saltem semiplenæ probationis, vt declarat Roman. singul. 451. Felin. in d.c. illud. de præsump. Ruinus in cons. 141. n. 13. lib. 5. Vnde coniungendo hanc præsumptionem ac semiplenam probationem cum testimonio matris, D. transigentis, præsentis transactioni, & pariter attestantis & confitentis verum esse, quod ita defunctus maritus disposuerit, videbatur satis sufficienter id probatum, præsertim, cum, vt supra dictũ est, vnus testis sufficiat cum aliqua alia præsumptione, inditio, vel coniectura.

Quanquam in proposito casu nostro disputatur principaliter de enunciato, sed tantum ad effectum contractus & transactionis celebratæ in eum scilicet finem, vt locus sit transactioni, quo casu verba enunciatiua probant, vt docet Deci. plures citans in d. authen. si quis in aliquo n. 37. C. de edendo.

Secundo videbatur nobis impugnari non posse transactionem ex capite nullitatis, propter iuramentum in ea interpositũ à D. transigente. Est enim ex-
10 ploratiiuris, sacramenta puberum super † contractibus rerum suarum non retractandis, inuiolabiliter obseruanda esse. auth. sacramenta puberum. C. si aduers. vend. Quod vsque adeo verum est, vt procedat etiam in contractu donationis à minore factæ sicuti docet Glo. ibi. in verbo, contractibus. Bartol & Baldus ibidem. Imola in c. cum contingat. col. 53 de iureiurand. Alios quamplures in eandem sententiam citat Antonius Gabrieli comm. concl. tit. de minoribus. concl. 5. n. 5. Et quod minor vigintiquinque annis etiam absque curatoris authoritate obligetur ex contractu propter iuramentum, late firmat Michal. Grassus communium opinionum lib. 1. quæst 34. imo quod non sit in integrum restituendus, etiam si contractus sit nullus
11 & † teneatur omnino illum obseruare propter iuramentum, late & docte ex cõmuni tradit Franciscus de Caldas in repetit. l. si procuratorem. in verbo, minorib. n 3. C. de in integr. restit.

Quod autem iuramentum in transactione interpositum fuerit ex literis ipsius transactionis constare videbatur, quia D. transigens promisit seruare transactionẽ fide interposita. A pari enim procedunt iu-
12 ramentum † & fidei præstatio. c. ad aures quod metus causa. Alexander & Iason in l. si quis maior. C. de transact. Abbas & Felinus in c. querelam. de iureiur. Idem Felinus in c. 2. de sponsalibus. Et est communis sententia doctorum, vt attestatur Hieronymus Cagnol. eam defendens. in d. l. si quis maior. n 101. & sequenti. quæ præsertim locum habet inter nobiles & illustres personas, quemadmodum late docet, & in camera obseruari testatur Andr. Gail. lib. 2. pract. obser cap. 59.

Tertio aduersus D. transigentem facere videbatur, quod iam sit lapsum longum tempus decem annorum, ex quo facta est transactio, lapsus autem tanti temporis operatur, vt omnes solennitates ad actũ
13 & † contractum de iure requisitæ, interuenisse præsumantur, l. si filius. C. de petit. hered l. qui in aliena. §. 1. ff. de acq. hered. vbi Bart. & Angel Idem Angel. in l. sciendum ff de verb. oblig. & ibidem Alex. col 5 vers. item fallit Cro. us in cons. 5. n. 14. Decius qui alios citat cons. 222. n 9. 375. n. 3 Ruinus cons. 16. n. 3 217. n. 6. lib 1. 66. n. 4. lib. 5. Gozadi cons 11. n 11. Et generaliter id affirmat in quacunque solennitate in contractu minoris requisita. Crauetta in tract. de antiq. temp. 3 part n. 1. vers. primus casus est. & de solennitate statuti, Baldus, Ang. & cæteri in d l. qui in aliena. §. 1. cum aliis relatis ab Alex. in cons. 79. col. 3. lib. 1 Socin. iun cons. 12 n. 14. lib. 1. Ant. Gabriel. tit. de præsump. concl 1. Postquã enim constat de substantia actus, facile præsumitur solennitas tanquam antecedens ad eam. l. illud. ff. de acq. hered. ita Alex. in cons. 50. col. 3. lib 5 etiam si agatur de magno & graui alterius præiudicio. Felin. in c. illud nu. 10. vers. secundo est aduertendum. de præsump. & in c. A. bericus ... finem. vers. est autem longum tempus. de testib & in c. ... n 30. de sent. & re iud. & in specie quod vbi transactio
diu † obseruata fuit, omne vitium, si quod aderat, 14
purgatum dicatur, tradit Baldus in cons. 261 lib. 4. Menoch. in cons. 73. num. 14 lib. 1.

Quin imo ex tanti temporis lapsu, scilicet annorum decem præscriptio videbatur inducta in fauorẽ partis aduersæ. Est enim clara & expedita conclusio præscriptionem induci ex decem annorum lapsu concurrente bona fide, continuata possessione, & iusto titulo, inter præsentes. vt in inst. de vsucap. & l vnica. C. de vsucap. transforman. & in aliis locis passim. Quod autem continuata possessio interuenerit, facile per partem aduersam probari posse putabamus
per testes vel alio modo. Bona fides † autem præsu- 15
mitur, vt tradit Glo. in Instit. de vsucap. in principio. & in c. si diligenti verbo, bona fides. de præscrip. Bartol in l. Celsus. col. pen de vsucap. cum aliis vt per Alexand. in cons. 200. col 2. lib. 1. Deci. in l. pactum quod bona fide. n. 1 C. de pactis. & in cons 375 n. 5. Socin cons. 38. n. 5. lib 3. Quod si diuturna sit possessio decem scilicet annorum possessor præsumitur bonæ fidei, etiam si contra ius possideat. Abb & Felin. in d. c. si diligenti. de præscrip. Alex. cons. 69. col. 2. lib 5. late Decius in cons. 267. col. pen. & cons. 375. sub num. 5 Cæphal. in cons. 316. n. 45 & 46. lib. 3. Quod vero attinet ad titulum, ille procul dubio iustus videbatur, est enim transactio contractus nedum legitimus, verum legibus ipsis amicus & approbatus, vt patet ex toto titulo ff. & C. de transact & præsertim ex l fratris eff. 1. de fideicommiss. & aliis locis. C eod. tit. Huc accedat D. transigentem post quinquennium à die factæ transactionis iterum renunciasse iurib suis, dum acciperet pecuniam conuentã & promissam, ex qua quidem iterata ac geminata cõuentione videtur ius quæsitum parti aduersæ, propter vim & efficaciam geminationis, quæ iuratæ dispositioni æquiparatur. vnde consensus geminatus vxoris validam facit alienationem fundi dotalis auth. siue à me. C. ad S.C. Velleia. sicut & iuramentum c. cum contingat. de iureiur. faciunt multæ iuris conclusiones in proposito reiterationis geminationis congestæ à Nicolao Euerar. in locis legalib. in loco à vi geminationis, & alibi passim per Doctores, præsertim Felin in c. si cautio. de fi instr. Afflict. decis. 164. Cæphal. cons. 197 n. 54 lib. 2.

Postremo quoad restitutionem in integrum, videbatur nobis illud beneficium non competere dominæ transigenti, quia hæc est communis doctorum sententia, aduersus transactionem non com-
petere minori in integrum † restitutionem, nisi sit 16
enormiter læsus, & dicatur enormiter læsus, quando longe vltra dimidiam læsus fuit, primum docet Alexand. cons. 222. numero vndecimo. libro secundo. Corneus consil. 160. libro quarto. Gratus consilio quarto. numero octuagesimo. libro primo. Mauritius in tractat. de in integrum restitut. cap. 211. Zasius consi decimo octauo. numero decimosexto lib. 1. cum sequentib. Alterum vero quod requiratur læsio vltra dimidiam, docet Bartol. in l. si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. ita tamen id decla-
rando, vt non res † ipsa sed dubius euentus litis æsti- 17
metur. Sequitur Castrensis in l. Lucius. §. vlt. ff. ad Treb.

Et com-

Et communem æquamque opinionem esse fatetur Fabianus à Monte *in tractat. de empt. & vend. in 8. quæst.* Zasius *d. cons.* 18. *numer.* 16. *lib.* 1. vbi dicit Corneum fidelem consultorem sæpius consuluisse pro hac opinione, & motiuis contrariæ sententiæ respondisse. Eandem sententiam approbat & æquam esse dicit Imola *in c. cum causa. de emp. & vend.* Quin imo nõ sufficere læsionem vltra dimidiam post Petrum & Cynum *in l.* 2. *C. de rescind. vend.* tenent alii multi doctores, quos cumulat Alex. *cons.* 42. *nu.* 11. *lib.* 1. & Zasius *in d. cons.* 18. *n.* 16.

Verum istis & similibus non obstantibus in eandem sententiam concurrimus, cum præfatis Excell. Dominis consulentibus: nimirum & memoratam transactionem esse nullam, & quatenus esset valida Illustr. D. transigentem esse in integrum restituendam aduersus ipsam transactionem.

Nullam esse transactionem ex triplici capite arbitramur. Primo, quia ex falsa causa facta est. Secundo, quia ex iniusta causa, hoc est, nulla lite ac nullo ꝓbabili timore litis subsistente. Tertio, quia facta est sine solennitatibus de iure requisitis.

18 Quod transactio ex falsa † causa facta nulla sit, exploratissimi iuris est. *l. si ex falsis. C. de transact.* Andreas Siculus *in cons.* 16. *col. pen. libro* 3. *cum aliis* ab Excell. D. Menochio *citatis in responso edito in hac causa.* quibus addi potest Riminald. *in cons.* 102. *lib.* 1. *num.* 27. Ruinus, Cardinalis, Anchara. & alii quos refert & sequitur Crauetta *in cons.* 851. *n.* 12. *lib.* 5.

Ex falsa vero causa transactionem factam fuisse probatur hac ratione, fuit. n. facta vt ex literis ipsius transactionis patet eam ob causam, quod in nuncupata vltima sua volũtate disposuisset Parens memoratæ Dominæ transigentis, antequam moreretur castrum in familia remanere. Sed falsum est & non probatur quod in vltima quadam voluntate, id ita disposuerit, ergo transactio ex falsa causa facta fuit.

Quod nullum testamentum nullaque dispositio hac de re à defuncto facta, reperiatur extare, nobis ex facto præsupponitur, non enim vlla extat testamenti scriptura, nec per testes septem probatur testamentum conditum fuisse, imo nec per duos testes iustificatur, quod sic disposuerit, ac voluntatem suam declarauerit. Ad hoc autem vt probetur aliquem testamentum condidisse, ac disposuisse in eo, declarasseque quid de rebus suis fieri vellet septem testes requiruntur. *l. si vnus. l. hac consultißima. C. de testa.* & late ac præ cæteris luculenter explicat Iulius Clar. *in §. testamentum q.* 56. vbi docet septem testes in testamẽto esse necessarios & ad probationem eius, & ad sub-

19 stantiam: & idcirco † non sufficere, si testamentum probetur confessione partis, quia septẽ testes requiruntur ad validitatẽ eius, & ad probationẽ, idem tradit Neuizan. *in cons.* 6. *num.* 4. Corneus *in cons.* 52. *nu.* 15. *lib.* 2. *&* 168. *num.* 3. *eodem lib. & in cons.* 88. *nu.* 4. *lib.* 3. Syluanus *cons.* 2. *num.* 23. Natta *cons.* 413. *num.* 1. Hieronymus Gabriel. *cons.* 169. *num.* 81. Tiber. Decianus *cons.* 21. *num.* 45. *lib.* 2. cum aliis multis, quos refert & sequitur Ioseph. Mascardus *de probationibus lib.* 3. *concl.* 1352. *num.* 14. Et ibi ampliat istam conclusionem, vt procedat etiam si testamentum sit iuramento firmatum, vt si non sint adhibiti septem testes non valeat, citat Ruinum Rol. à Valle, Couar. Ripam & alios *vt ibi per eum.*

Quod si dicatur talem voluntatem defuncti non fuisse testamento declaratam, sed codicillo, vel donatione causa mortis, id non obstat, quia requirun-

20 tur † quinque testes ad codicillum, & ad donationem causa mortis *l. vlt. C. de codi. l. vlt. C. de donatio. causa mortis.* In casu autem nostro nulli testes adsunt, qui testificentur de codicillo, vel donatione causa mortis. Itaq; res videtur satis explorata, quod transactio facta fuerit ex falsa causa.

Quod aũt ex causa minus ꝓbabili & iusta nempe cũ non subest aliqua lis, aut † timor litis, facta transactio 21

non valeat, textus est *in l. in summa. ff. de cond. indeb.* Et tradunt doctores copiose, *in locis* à Clariss. Dominis consulentibus *citatis.* Quibus addi possunt, Andreas Geil. *lib.* 2. *pract. obser. c.* 65. *num.* 2. 3. & Tiberius Decianus *in consilio* 117. *nu.* 43. *lib.* 3. vbi dicit transactionem non valere, nisi in rei veritate tunc exter lis vel timor litis futuræ. Et tametsi (inquit) in transactione exprimatur ista causa ad tollendas lites, quæ tamen nullæ extabant aut timebantur futuræ, vitiabitur transactio, etiamsi sit expressa illa causa, quæ si vera esset illam conualidasset, allegat Angel. *in cons.* 215. *& in l. cum hi. § si cum lis. ff. de transact.* & Decium *in rub. C. de transact. num.* 4. *& in cons.* 532. *num.* 10. Idem scribit ipse Dec. *in cons.* 56. *n.* 18. *lib.* 1. vbi alios quoq; citat. Idem respondit nouissime Marcus Anton. Eugenius *in cons.* 13. *num.* 33. ex quibus dubitari non potest, quia hæc sit verissima & receptissima doctorum sententia.

Sed in præsenti causa nulla erat lis aut probabilis timor litis futuræ. Nam nulla alia ratione ac via castrum in transactione relaxatũ à Domina transigente pro sex millibus florenorũ peti poterat à Dominis aduersariis, quam si docerent defunctum Dominæ transigentis patrẽ ita voluisse ac disposuisse. Præsupponitur enim eos nullum aliunde ius habere in castro & aliis bonis, de quib. in trãsactione. Sed istud docere non poterant, quia nulla extat talis dispositio. defuncti, aut testamento, aut alia vltima voluntate declarata, vnde res erat in istis terminis, vt dicere posset Domina transigens, nihil vobis debeo, quod enim pater meus castrum vobis reliquerit, aut fidei meę id commiserit, vt acceptis sex millibus, castrum vobis dimittam non mihi constat, & vos id non ostenditis. Qui autem allegat ac dicit sibi esse aliquid relictum compellitur † ostendere huiusmodi 22 testatoris esse voluntatem, sicuti respondit Modestinus *in l. Titia cum testamento. §. Caius Seius. & l. Lucius Titius. § Lucius Titius. ff. de leg.* 2. & tradit Iosephus Mascardus *de probationib. lib.* 2. *concl.* 775. *numer.* 1. Et idem iuris est quando testamentum ipsum extat, is enim qui se fundat in eo, ostendere debet fideicõmissum & legatum contineri, sicuti docet *ibi* fusissime Mascard. *paulo supra*, & conclusio est satis nota & explorata. Transactio itaq; nulla est, veluti nulla subsistente lite aut probabili timore litis futuræ.

Si dicatur imo erat aliquis probabilis timor litis futuræ, quia vel fama erat, vel mater attestabatur, vel alii quod talis fuisset dispositio ac voluntas patris defuncti, sicuti narratur in literis transactionis. Ad hæc omnia, quia superius adducta sunt à nobis, & considerata, facili negotio respondebitur, ostendeturq; per veras & approbatas iuris traditiones ac decisiones, ea nihil penitus obstare:

Quod vero transactio hæc nulla sit, ex eo, quod debitæ solennitates in ea nõ interuenerint, satis manifestũ nobis videtur. Hæc enim transactio facta est à minore vigintiquinq; annis, absque iudicis decreto, curatoris authoritate, & causæ cognitione. Est autem iuris, transactionem à minore 25 annis fieri non posse, super † rebus immobilibus, sine de- 23 creto iudicis, authoritate curatoris, & aliis sole[...]-

 tatibus,

tatibus, quæ requiruntur ad rerum immobilium alienationem, tex. *in l. non solum. C. de prædiis minor.* Gloss. Bartol. & cæteri *in l. 1. in verbo, vterq. C. si aduers. transact.* cum aliis multis citatis à D. Fachineo, quibus addi potest Rol. à Valle, qui & alios citat *in cons. 7. num. 18. libro 3.*

Iam quod attinet ad restitutionem in integrum præfatā Dominam transigentem, dato quod transactio esset valida, restituendam esse in integrum, aduersus ipsam transactionem, satis euidenter & copiose à Dominis consulentibus ostensum est. Quibus addi potest hæc ratio à Sfortia Oddo viro diligentissimo in hac materia restitutionis in integrū sumpta. *Is in tractatu de restitutione in integrum parte 2. quæst. 66. articulo 4.* disputat, an, & quando minor restituatur aduersus transactionem à se factam, & relatis multorum opinionibus, partim requirentibus ad hoc, vt possit restitui, quod sit læsus vltra dimidiam, partim requirentibus maiorem læsionem.

Ego inquit puto sic dicendum. Aut læsio consistit in hoc, quia nō interfuit transigere: Aut in hoc, quia bonum fuit transigere, sed non pro ea quantitate. Primo casu, erit exemplum, quando res erat clara ad fauorem minoris, & hoc poterat, & potest ap parere, ex facie processus, & iurium hinc inde deductorum; & hoc casu puto restituendum minorem, absque eo quod consideretur, an læsio consistat citra vel vltra dimidiam, quia etiam si citra dimidiā læsus sit, dum tamen non in nimis modica quantitate, datur restitutio, & ratio est, quia exitus litis non erat dubius, vt præsupponimus: vnde cessant rationes doctorum, de quibus supra, & subintrat primum illud exquisitum, quod dicebat Za. .us *in cons. 18. sub num 16. versic. dimissis &c.*

Hæc ergo est sententia & conclusio Oddi, quod aduersus transactionem, concedi debeat simpliciter & absolute in integrum restitutio minori vigintiquinque annis, non considerando læsionem, an sit supra dimidiam nec ne, quando transactio facta est de re, quæ non erat dubia, sed erat clara ad fauorem minoris transigentis.

Sed in proposita specie sic se res habet, erat enim certum & exploratum, Dominis aduersariis nullum ius competere ad castrum & alia bona consequenda, nisi docerent de patris prædefuncti voluntate ac dispositione facta, in ipsorum commodum & beneficium Docere autem de tali voluntate ac dispositione non poterant, quia non extat talis dispositio, nec testamento expressa, nec codicillo, nec alia vltima voluntate. Nulli etiam testes extabant, aut saltem in numero sufficienti, qui de tali voluntate, testamento, ac dispositione fidē ac testimoniū facere possent. Cum reuera tale quid defunctum disposuisse iuridice aut legitime non constet.

Tota difficultas versatur in respondendo ad argumenta in contrarium adducta.

Respondemus itaq; ad singula sigillatim hoc modo. Ad primum. Negando assumptionem argumenti, in qua dicitur constare ex actis & instrumentis de tali defuncti voluntate ac dispositione. Quod enim ita pater Dominæ transigentis voluerit, disposuerit, ac mandauerit, nulla extat memoria, nulli testes hoc affirmant, vt ex facto nobis præsupponitur.

Non obstat quod primo loco dicitur, sufficere in præsenti casu duos testes: quia testamentum & vltima voluntas inter liberos fuit celebrata Quia in primis negamus duos esse testes in præsenti casu, qui de tali voluntate ac dispositione testificentur. Deinde dicimus, non sufficere duos testes in testamento patris inter liberos etiam confecto, quo ad ea quæ non in fauorem & beneficium filiorum à patre disponuntur, sed in fauorem & cōmodum tertii. Quod enim testamentum imperfectum † inter liberos conditū 14
valeat fauore liberorum, est sancitum, non fauore extranei, qui scilicet non sit de liberis, *textus notabi is in d. leg hac consultiss: ma. §. ex imperfecto. C. de testam.* Ex imperfecto autem testamento (ait textus) voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus vtriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in eiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illā duntaxat permistam personam pro nulla haberi, sed liberis accrescere.

Et quanquam cum textum habemus non indigeamus authoritate doctorum, tamen placet etiam aliquos citare. Iulius Clarus *in §. testamentum. quæst. 10.* Dispositio, inquit, dicti § ex imperfecto sustinet testamentum minus solenniter conditum à patre inter liberos quatenus cōcernit interesse ipsorum liberorum, sed si in ipso testamento sit aliquid insertum quod concernat fauorem aut commodum alicuius extranei, illud non sustinetur, sed habetur pro non apposito, & testamentum ipsum quo ad reliqua concernentia filios firmum remanet. Ita expresse dicit textus *in dicto §. ex imperfecto.* Et intellige extraneum in hoc proposito, eum, qui nō est de liberis Hinc infertur (inquit) quod si testator in testamento inter liberos substituat vni ex filiis suis pupillariter alium ex filiis suis, talis substitutio tanquā facta in fauorem filiorum sustinetur. Sed si illi substituat aliquem extraneum, & qui non sit de liberis non sustinetur, ita dicit Bartol. *in l. 2. n. 18. ff de vulga.* & est communis opinio, vt dicit Curtius iun. *in d. §. ex imperfecto. num. 6.* Hactenus Clarus.

Non obstat quod dicebatur sufficere etiam vnum testem cum aliquo alio indicio, adminiculo, & coniectura: Item sufficere confessionem partis.

Quoniam respondemus nō reperiri etiam vnum testem, qui iureiurando deponat ac testificetur in iudicio talem fuisse voluntatem ac dispositionem patris Dominæ transigentis.

Secundo respondemus nullum indicium, nullam coniecturam extare.

Tertio dicimus vnum testem quatenus adesset nō sufficere etiam cum alio indicio & argumento, quia testamentum ad sui substantiam & validitatem requirit septem testes, vt supra late deduximus.

Et licet in testamento inter liberos duo testes sufficiant, vel vnus tantum cum alio adminiculo, & coniectura: tamē illud intelligitur in his quæ disposita sunt in tali testamento in fauorem liberorum secus in his quæ concernunt extraneū, qui scilicet non sit de liberis testatoris, vt expresse dicit tex. *in d. §. ex imperfecto. vt supra diximus.*

Quod vero dicebatur de confessione partis illud multis rationibus non obstat. In primis quia hæc est cōmunis & vera doctorum sententia, quod ad substantiam testamenti requirantur septem testes, vt bene explicat Iulius Clarus *in §. testamentum. quæst. 56.* Non sufficit (inquit Clarus) testes, qui in testamento adhibiti sunt, esse idoneos, nisi etiam sint secundum numerum à lege constitutum: licet enim regulariter in quolibet actu duo testes sufficiāt, iuxta illud in ore duorum vel trium stat omne verbum; tamen in testamentis in quibus sæpissime fiunt fraudes & falsitates, requiritur, quod ad minus septem testes interueniant.

ueniant. Et scias quod iste numerus testium non so-
25 lum est de forma probatoria ipsius † testamenti, sed etiam de eius forma substantiali, ita tenet Bartolus *in leg. nemo potest. in prima oppositione. de leg. 1.* & est communis opinio, vt attestatur Ripa *in dict. leg. nemo potest. post numerum 2.* Didacus *in cap. cum esses. num. 8. de testa.* & hoc est maximi effectus. Nam si non esset de forma substantiali, posset testator in suo testamento iubere, vt licet confectum esset cum minore numero testium valeret, quod tamen facere non potest, vt concludunt communiter doctores *in allegata leg. nemo potest.* Est etiam in alio magni effectus, quia si
26 esset de forma probatoria † tantũ, sequeretur, quod si pars confiteretur testamentum factum fuisse coram testibus sed non septem, tale testamentum valeret tanquam solenne & probatum ex confessione partis, qua ꝓbatione nulla melior esse potest. Quod tamen est falsum. Clarum refert & sequitur plures alios citans Iosephus Mascardus *libr. 3. de probationibus. concl 1352. num. 14.*

Secundo quia allegati doctores qui dicunt probari testatoris voluntatem & dispositionem confessione partis, loquuntur de testamento inter liberos, & iuxta terminos *dict. § ex imperfecto*, quãdo videlicet agitur de eo quod in fauorem & commodum filiorum dispositum à patre dicitur, id enim ita fuisse dispositum probatur ex confessione partis aduersantis filio, ita loquuntur relati doctores, vt patet ex Ludouico Zunthio *loco annotato.* Modus autem probandi (inquit Zunthius) testamentum patris inter liberos
27 aliter † quam per duos testes erit legitimus, si aduersarius cõfiteatur testamentum, hoc est, voluntatem patris inter liberos, sed dicat testamentum non tenere ob defectum testium. Nam succumbet ipse & liberi obtinebunt: vt inquit Corn. *in cons. 118. n. 7 & d. cons. 307. n. 7. li. 3.* Nat *in d. § ex imperf. q. 29. sub n. 151 & sub n. 153.* Quod ante omnes dixit Iacob. de Beluiso *in auth. de testa. imperf. vers. & nota quod talis dispositio.*

Sed in specie nostra non agitur de dispositione ac voluntate patris in fauorẽ liberorũ, sed in fauorem fratris ipsius defuncti, atq; in præiudicium filiæ, ergo nihil obstat, quod de confessione dicebatur.

28 Tertio quoniam verba ipsa enunciatiua † in literis transactionis contenta, ex quib. oriri dicitur confessio, non probant etiam inter ipsos contrahentes: Est enim explorati iuris, verba enunciatiua nõ probare inter ipsas partes contrahentes, in his quæ tempore celebrati instrumenti fieri & interuenire non potuerunt, vt docet Bart. *in auth. si quis in aliquo. C. de eden. & in l. 1. C. de fide instru. lib. 10.* Deci. *in c. quoniam contra col. 21. vers. subsequenter quæritur. de probatio.* Alex. *in cons. 70. lib. 3.* Andreas Siculus *cons. 7 lib. 1.* Aretinus *cons. 33. col. 3.* Sed tempore instrumenti transactionis hæc fieri non potuerunt, sed ante facta dicuntur, ergo verba enunciatiua nõ inducunt probationem inter ipsos transigentes. Et ratio est, quia notario & scribæ alicuius instrumenti non creditur, si quidpiam asserat quod fieri non potuit tempore celebrati contractus, non enim ei creditur nisi in his de quibus à partibus ipsis contrahentibus rogatus est. *§. illud. in auth. de tabellio.* rogari autem non potest nisi de his quæ fiunt ab ipsis contrahentibus, vt docet Bart. *in d. auth. si quis in aliquo.*

Quarto quia verba hæc enunciatiua, ex quibus
29 confessio & assertio † manat, non probant inter ipsos contrahentes, quo ad ea quæ non consistunt in potestate ipsorum contrahentium *l. si forte. & ibi Bart. ff. de castr. peculio.* Dec. *in l. si donatione. C. de collatio.* Et in quibus partes ipsę sibi præiudicare nõ possunt, vnde si in instrumento alienationis dicatur habita licentia Episcopi, & præcedentibus tractatibus: ista verba non probant, vt declarat Bartol. *in leg. sciendum. col. 1. ff. de verb. oblig.* Alex. *in cons. 17. col. 2. lib. 4.* Frideri. Senen. *cons. 143. col. 3.* & alii plurimi quos refert & sequitur Decius *in auth si quis in aliquo. numer. 36. Cod. de edendo.*

Sed in casu nostro non poterat Domina transigens, cum esset minor annis vigintiquinq;, disponere de bonis immobilib. nec sibi præiudicare quoad ea, *vt toto tit. ff. de reb. eor. & toto tit. C. de prædiis minorum.* etiam transigendo, *vt in l non solum. C. de prædiis mino.* Gl & Dd. omnes *in l. 1. C. si aduers. transact.* ergo verba quibus enunciatur de voluntate ac dispositione paterna, circa bona per transactionẽ relaxata & dimissa parti aduersæ, nullo modo probant etiam inter ipsas partes transigentes.

Quinto quia hæc est certa & notissima conclusio, confessionẽ erroneam nedum † minori sed nec etiã 30
maiori vigintiquinq; annis nocere *l. error. C. de iur. & facti ignor.* vbi late Iason. Quam sententiam tanquam æquiorem & cõmuniorem sequendã existimat Ant. Gabr. *commu. conclus. tit. de confessio. concl. 5.* Sed erronea est cõfessio quoquomodo resultans ex dictis verbis enunciatiuis, de quibus in literis transactionis Dicitur enim prędefunctum patrem ita ante obitum disposuisse circa castrum &c. Et hoc nullibi constat verum esse, nulli testes, nulla scriptura aut memoria, ergo erronea est confessio, seu quod eiusmodi verbis enunciatiuis continetur.

Sexto nam minor vigintiquinq; annis aduersus propriam † confessionem restitui in integrum de- 31
bet, quando ex ea læsus est, communis est sententia doctorum. Cynus *in l. 1. C. de confess.* Ant. Butr. *in c. auditu. num. 20. & 31. de resti. in integ.* Alex. *in cons. 115. lib. 3.* Hippo. Marsi. *sing. 445* late Sfort Oddus *de resti. in integr. parte 2. quæst. 64. arti. 7. nu. 15.* Sed ex tali confessione remanet læsa dicta Domina transigens, ergo restituenda est in integrum aduersus dictam confessionem. Quod sit læsa manifeste constat, quia sic confitendo & transigendo priuatur castro & aliis bonis, de quibus in transactione, quæ bona pluris æstimantur absq; dubio quam sex millibus florenorum ab ea receptis.

Non obstat, quod dicitur adesse matris testimonium quod vna cum aliis coniecturis & argumentis sufficere videtur, ad hoc, vt saltem iuramẽtum aduersæ parti sit deferendũ in supplementũ ꝓbationis.

Etenim quod attinet ad iuramentum in supplementum probationis, vbicunq; agitur de probanda vltima voluntate, vel donatione causa mortis, non est locus iuramento in supplementum probationis, quia vbi numerus testium est de substantia actus, & de forma probationis, omissio formæ † substantia- 32
lis vitiat *l. si vnus. C. de testam. & inst. de fideico. hered. § vlt.* ita docet Guido Papæ *singulari 61. n. 3. vers. nunquid in causis.* refert & sequitur Ant. Gab. *com. concl. tit. de testib. concl. 1 num. 60.*

Quod autem dicitur de testimonio matris, nihil obstat, quia nullum adest matris testimonium, quod prædefunctus maritus sic disposuerit. Testificari enim eam oportet de tali voluntate ac dispositione in iudicio, iuramento præstito, & parte † citata, 33
alias testimonium nullam fidem facit, *l. iurisiurandi. Cod. de testibus. l. si quando. C. eod. leg. de vnoquoque. ff. de re iud. cum vulgatis.* quod autem mater tale testimonium in iudicio protulerit hac de re, cum iuramento,

præsente

præsente vel citata Domina transigente, non putamus in facto verum esse: Nec in literis etiam transactionis tale testimonium matris habetur, licet enim ea præsente narretur de tali voluntate ac dispositione p̃defuncti eius mariti, non tamen narratur ipsam præsentem de hac voluntate ac dispositione fidem facere, ac testificari. Quare verba illa enunciatiuá nullo modo obstant, nec tale testimoniũ inducunt, præsertim cum ex aliis rationibus supra relatis nullam faciant probationem.

Deinde dicimus vna cum Pontifice *in c. licet vniuers. de testib.* cui consonat tex. *in l. iurisiurand. C. eod.* quod licet quædam sint causæ quæ plures quam duos exi-
34 gant testes, nulla tamen est causa quæ † vnius testimonio quamuis legitimo terminetur, quem textum notat ibi Panor. & explicat Couar. *in c. cum esses. post numerum 3. de testam.*

Sed quid pluribus opus est? mater non potest te-
35 stificari contra filium † nec pro filio *l. parentes. C. de testib. & ibi Gl. in verbo, parentes. iuncta l. testiu. ff. de testibus.* Specul. *tit. de teste. §. n. 2. vers. item quod est parens.* Albericus de Maletis *in tractat. de testib. in prima parte. n. 3. & 4.* Iodocus Demahudet. *tracta. de reprobatione testium. num. 8.*

Non obstat quod secundo loco dicebatur, D. transigentem iuramento confirmasse transactionem dum promisit sub fide eam obseruare, & consequenter aduersus eam venire nõ posse propter vinculum iuraméti, *vt in auth. sacramenta puberũ. C. si aduers. vend.*

Quoniam multipliciter respondemus: Et primo hoc in casu non interuenisse aliquod iuramentum: promisit enim eam obseruare sub nobili & virginali honore ac fide, non tam ore, quam manus porrectione, vt in literis transactionis dicitur: quæ quidem verba & promissio non intelligitur de fide nostra Christiana, quasi quod iurauerit, per Deum & Christum seruare transactionem, sed de fide nobili & politica, sicuti late docet Alciatus *in rub. de iureiur. nu. 4.* & alii multi quos refert & sequitur Couar. *in relect. c. quamuis. de pactis lib. 6. in prima parte. §. 1. n. 2.* cuius verba, quia materiam & articulum istum illustrare possunt, placuit adscribere. Ab eadem definitione deducitur quæstionis illius resolutio, qua quæritur, an interpositio fidei sit iuramentum Quidam enim existimarunt fidei interpositionem iuramentum esse, atq; ideo assertionem & promissioné per fidem promittentis contingentes, iuratas ex eo censeri, quod sub fide processerint: vnde subsequitur violatores fidei periuros esse, quod adnotarunt Glo. Abb. & Dd. *in c. querelam. per tex. ibi ne prælati vices suas.* idem Abb. Felyn *in c. querelam de iureiu.* Archidia. *in summa. 22. q. 1.* quorũ sententia huic innititur rationi, quod fides iuxta eius propriã significationẽ ad rẽ sacrã pertineat. Deinde eadem sententia probari videtur *in d. c. querelam. ne prælati vices suas.* Sic deniq; in specie & expressione Archid. *in d. summa.* paria facit quod iuramẽtum fiat per rem sacram & per fidem. Verũ idem Archid. *in c. iuramenti. 22. q. 5. & in c. 1. de sepult. in 6.* quamuis velit ac senserit, promissionẽ factam per fidẽ iuratã esse, tamẽ nõ censet periurii pœna ordinaria puniendum fidei violatorem, vt plane puniretur qui iuramẽtum per rem sacram præstitũ violasset. Idem sensit Glo. *in c. pen. de iureiu.* imo eo loco Bernard. notat nõ esse vere iuramentũ illud quod fit sub fidei cõmemoratione. Hoc ipsum notat Rota antiqua *decis. 139.* Sane controuersiam istam existimamus (hic arrige aures) distinctione quadam dirimi omnino posse. Si quidem fides iuxta duplicẽ sensum hac in parte cõuentionib. accedere poterit. Aut. n. adsumitur pro fide humana quam & Gentiles, Turcæ, ac Sarraceni seruare tenẽtur, iure naturali, gentium, item pro fide nobilitatis, quæ eam significat fidem quam nobiles præ cæteris in humanis cõuentionib. præstare solent ac debent. Et profecto in his casibus promissio vel assertio sub nomine fidei per fidem, in qua nõ inducit iuramentũ, nec vim aut religionẽ eius habet quoad periuriũ nec quoad alios iuris effectus. Cuius conclusionis ea est irrefragabilis ratio quod iuramẽti ꝓpria natura vere exigat id per Deũ vel sacram rẽ præstari. Idcirco quoties fides humana expressim conuentionib. accesserit, nihil ibidẽ sacrum in testimoniũ adducitur. Eaq; ex causa nullum adest pactis eisdem iuramentũ. Sic equidẽ procedit & intelligenda est ea sententia, quę dictat fidei intercessionẽ conuentionib. accedentem non † efficere iuramentũ nec eius vim aut religi- 36
onem haberi. Quamobrem si quis contractũ aliquẽ fecerit, quẽ expressim fide humana vel ea quæ nobilitatis iure ac titulo passim cõuentionib. accedit seruare promiserit, non censebitur contractus hic iuratus nec iuramenti priuilegia obtinebit.

Secundo respõdetur ad hoc, vt loc⁹ sit dispositioni *dictæ auth. sacramenta puberum.* necesse est † vt iuramen- 37
tum pręstetur tactis euangeliis vel scripturis sacris, vt tradit ibi Cyn. *in 4. & 6. q.* Bart. *ibi col. 1 in fin. vers. quare. circa istud* Bald. *in l. 1. C. si aduer. vend.* & alii multi, quos refert & sequitur Anto. Gabr. *com. concl. tit. de minorib. concl. 5. n. 34.* Et licet de consuetudine nõ requiratur tactus euangeliorũ, vel sacrarũ scripturarum, requiritur tamẽ tactus alicuius libri vel tabulæ qui in proposito non interuenit, late Anto. Gabriel. *ibi nu. 36.*

Tertio respondemus nõ procedere dispositionem *dictæ auth. sacramenta puberum*: quando † ex falsa causa 38
iuramentum præstitum est, tunc. n. nihil operatur, vt late respondit Paris. *in cons. 96. n. 14. lib. 1.* sequitur Menoch. *in cons. 91. n. 43. lib. 1.* sed ex falsa causa interpositũ fuit in casu nostro, vt patet ex ante dictis. Ergo &c.

Quarto respondemus non esse locũ dispositioni *dictæ auth.* quotiescunq; non ex certa scientia, sed per errorẽ interpositũ est iuramentũ, & promissio facta.

Et vt declarat Angel. *in d. auth. sacramenta puberum.* refert & sequitur Gabr. *com. concl. tit. de minorib. concl. 5. n. 47.* sed hic per errorẽ facta est promissio & præstitum iuramentũ, quia credebat Domina transigens ita prædefunctũ patrẽ disposuisse & voluisse, cum id falsum esset, ergo non attenditur tale iuramentum, vtpote per errorem præstitum.

Non obstat quod dicitur ex lapsu 10. annorum præsumi omnia † necessaria in actu interuenisse *iuxta* 39
l. si filius C. de petit. hered. Quia licet illa conclusio sit verissima, vt late probat Anto Gabr. *com. concl. tit. de præsump. concl. 1 in princ.* recipit tamẽ tres notabiles limitationes, q̃ ad casũ nostrũ optime accõmodari possunt:

Prima est limitatio, quando agitur de graui præiudicio, tunc enim 10. annorum cursus non sufficit, sed requiritur spatium annorũ 30. sicuti docent infiniti prope, quos refert & sequitur ibi Gabriel. *nu. 55.*

At in casu nostro agitur de magno præiudicio ac de rebus maximi precii & valoris, ergo non habet locum prædicta conclusio.

Secunda est limitatio, vt nõ procedat, quando ex facie scripturæ constat † solennitatẽ requisitam non 40
interuenisse, secundum Castrens. *in cons. 81. li. 2.* cõmuniter receptũ, vt per Gab. *d. concl. 1. de præsump. n. 57.* late Menoch. *de præsump lib 3 præsump 86. n. 79.*

Sed ex instrumento transactionis, de qua agitur, euidenter apparet, non interuenisse solennitates requisitas

quisitas nempe iudicis decretum, curatorisque authoritas, ergo conclusio supra dicta nihil obstat.

41 Tertia est limitatio, vt non procedat † in præiudicium minoris, vt docet Socinus senior *in cons. 254. nu. 4. lib. 1.* refert & sequitur Gabriel *loco annotato. nu. 58.* alios citat in eandem sententiam Menoc. *de præsump. lib. 3. præsump 132. num. 86.*

Sed hic versamur in muliere & minore, dũ transegit, ergo contra eam non inducitur memorata præsumptio ex lapsu annorum decem.

Nihil obstat quod præscriptione dicebatur, quia duplicem ob causam argumentum corruit.

Primo, quia aduersarii nõ fuerunt in bona fide, licet n. bona fides præsumatur, id tamẽ non habet locum vbicunq; aliquis rem acquirit absq; solennitate

42 de iure requisita, tunc † n. dicitur habere titulum à lege reprobatum, & sic est in mala fide *l. 1. & ibi Bart. C. de fide instr. li. 10. c. qui contra iura. de reg. iu. lib. 6.* Bart. *in l. quemadmodum. Cod. de agricolis & censi lib. 11.* alios quamplurimos citat Menoc. *li. 3. de præsump. c. 130. n. 33.*

Secundo, quia minori cõpetit restitutio aduersus præscriptionem ex cõmuni sententia de qua per Couar. *in c. possessor malæ fidei. 2. parte relect. §. 3. n. 4.* Imo non currit contra minorem Oddus *de restit. in integr. parte 2. q. 90. articulo primo, n. 3.*

Non obstat vltimum de restitutione in integrum quod aduersus transactionem † minori non com-

43 petat nisi probetur læsio supra dimidiam, vel etiam maior. Quia solutio patet ex Oddo *de restit. in integr. parte 2. q. 66. articulo 4. n. 22.* vbi distinguit duos casus, quorum alter est noster, quando scilicet læsio contingit ex transactione, quia non expediebat minori transigere, cum res clara esset in fauorem minoris. Tunc enim etiam non probata læsione vltra dimidiam concedendam esse restitutionem probat, vt ibi latius per eum.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Illustribus Dominis Fuggeris.

Argumentum Consilii XXXVIII.

Quinque tractantur quæstiones. Prima de officio administratoris societatis. Secunda quando reddatur suspecta administratio. Tertia an valeat pactum vel testamentaria dispositio, per quam cogitur quis continuare societatem in perpetuum. Quarta ex quibus causis administrator à sua administratione remouendus sit. Quinta an lite pendente cũ administratore societatis remoueri debeat vel adiungi eidem alius.

Summaria.

1 *Administratorem societati præfici bonum est.*
2 *Quale sit eius officium.*
3 *Tenetur ob negligentiam.*
4 *Opera socii quandoque plus confert quam alterius pecunia.*
5 *Valet societas in qua vnus rem ponit, alter pecuniam.*
6 *Contractus ex conuentione legem accipiunt.*
7 *Pacta in continenti adiecta insunt contractui.*
8 *Pactum inter socios non valet, vt vnus participet lucrum & alter solus damnum.*
9 *Administrator reddere tenetur rationem.*
10 *Redditio rationum quid contineat.*
11 *Liber rationum qualis esse debeat.*
12 *Inter coniunctos non redditur scrupulosa ratio.*
13 *Actio pro socio nascitur quandoque durante societate.*
14 *Ratio peti potest, vt reddatur à sociis omni tempore.*
15 *Administratori non licet in minimo quærere lucrum in suis rationibus.*
16 *Libro rationum non continenti causas non creditur.*
17 *Administrator tenetur reliqua restituere.*
18 *Socius socio præstare debet eam diligentiam quam in suis rebus adhibere solet.*
19 *Negligentia quæ dicatur.*
20 *Liberatio à reddendis rationibus non valet.*
21 *Intelligitur enim remissa quædam scrupulosa rationum redditio.*
22 *Contractus ex conuentione legem accipiunt.*
23 *Societatis pacta sunt seruanda.*
24 *Quæ semel placuerunt amplius displicere non debent.*
25 *Consuetudo in vna familia existens seruanda.*
26 *Pacta contra leges non valent.*
27 *Scandala sunt vitanda & occasiones eorum.*
28 *Aequalitas seruanda.*
29 *De eodem.*
30 *Iniquum est auferre alicui liberam administrationem rerum suarum.*
31 *Pacta continentia inæqualitatem inter socios nõ valent.*
32 *Minori inuito datur curator ad litem.*
33 *De administratore analogistico.*
34 *Officium magistratus est prouidere scandalis & rixis.*
35 *Reip. interest subditos habere locupletes.*
36 *Ad euitanda scandala res sequestrantur.*
37 *Bonus quilibet præsumitur quomodo sit verum.*
38 *Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari.*
39 *Ambulatoria est hominis voluntas.*
40 *Dispositio facta sub conditione vel modo nil valet nisi modus impleatur & conditio.*
41 *Cum principale non valet, nec etiam accessorium.*
42 *Rescisso principali rescinditur accessorium.*
43 *Curator datur infirmis.*
44 *Consuetudo vnius familiæ non habet vim legis.*
45 *Non entis nullæ sunt qualitates.*
46 *Si non valet principalis causa, nec ea quæ sequitur valet.*
47 *In feudis quando non possit seruitium præstari per substitutum.*
48 *Pactum non valet de societate continuanda inter heredes.*
49 *Societas cur vltra mortem non possit extendi.*
50 *Valet testatoris præceptum, vt heredes maneant in communione.*
51 *Disponat itaque testator & erit lex quomodo procedat.*
52 *Administrator tenetur reddere rationem licet ei remissa fuerit.*
53 *Dolus futurus remitti non potest.*
54 *Officium suum male gerens est ab eo remouendus.*
55 *Idem ibidem probatur.*
56 *Dolus administratoris quomodo arguatur.*
57 *De eodem.*
58 *Alii modi quibus dolus arguitur.*
59 *Alius modus.*
60 *Lite pendente nil innouandum.*
61 *Accusatione pendente non debet interdici administratio.*
62 *Pendente lite non debet quis priuari commodo suæ possessionis.*
63 *Contra ibidem.*

64 Et

64 *Et ibidem de officialibus.*
65 *Idem in iudicibus.*
66 *Idem in prælatis ecclesiæ.*
67 *Potest iudex pendente lite aduocare ad se possessionem rei.*
68 *Dummodo vtatur sua possessione sine præiudicio litis & pactu.*
69 *Improba possessio & vitiosa nullum habet iuris adminiculum.*
70 *Administratori potest lite pendente vel interdici administratio vel adiungi alius in ipsa administratione.*

Domini nostri Iesu Christi auxilio humiliter implorato.

VIDIMVS quæstiones nobis propositas, vna cum instrumentis & scripturis in causa Illustr. Dominorum Fuggerorum: nec non doctissimum iuris responsum super eis allatum, & omnia diligenter ac mature considerauimus. Omnibusq; perpensis & examinatis, in eam venimus vnanimi consensione sententiam, prædictum iuris responsum atq; consilium iuri & æquitati consentaneū esse, ac proinde dignum quod nostro suffragio adprobetur & confirmetur: Et quemadmodum à nobis est petitum, ordine singulas quæstiones percurremus, & præstantissimi Iurisconsulti conclusionem ac sententiam iuris allegationibus communire atque corroborare studebimus.

Et quod ad primam quæstionē attinet: quid pertineat ad legitimum administratorem siue ad officium administratoris in contractu societatis, non est dubium, sicut præmissum est à Domino Consulente quin rationi & iuri côueniat, & ēt sæpe necesse sit in
1 magnis societatib. habere † vnū vel plures administratores, qui præ cæteris diligentē habeāt inspectionem ad res societatis, eiusque bonum promoueant, occasiones lucri faciendi & damni vitandi bene attendant, arcana societatis non reuelent, qualitates bene ponderent, & alia diligenter obseruent, quæ nonnunquam societati magis conducunt quam parata pecunia. Nam de administratore societatis sæpe fit mentio in iure nostro, vt *leg. quadam. ff. de eden. in l. adeo. vers. quid enim ff pro socio.* vbi I.C dicit, *quid enim si is mortuus sit, propter cuius operam maxime coita sit, aut sine quo societas administrari non possit.* Quibus verbis indicat necessarium interdum esse societati administratorem præfici vnum vel alterum ex sociis, & de Præposito administrationi societatis loquitur etiam tex. *in l. de illo. 23. & in l. seq. eod. tit.* Et de societatis administratoribus responderunt Iason *cons. 4. lib. 1.* Soc. senior *cons. 24. n. 37 lib. 1.* Ruinus *cons. 101. lib. 1. & alii passim inferius citandi.*

Hunc vero administratorem diligentem esse oportere, & commoda societatis procurare, certum
2 est, quia debet eandem diligentiam † adhibere, quā in rebus suis adhibet *l. socius socio. ff. pro socio.* & respondit Socinus *in cons. 149. num. 1. lib 1.* administratorem societatis teneri ea facere, quæ homines diligentes eiusdem professionis facerent. Venit enim in hoc iudicio bona fides, & dolus & culpa *l. cum duobus. §. ve-*
3 *nit. ff. eod.* Et ideo † administratorem societatis ob negligentiam teneri, respondit idē Socin. senior *in cons. 212. non procul ab initio lib. 2.* refert & sequitur Berous *cons 191. nu. 46. lib. 1.* & de omni administratore quod negligentia eius sit lata culpa & graue peccatū, cum teneatur diligentia vti in administrando tradit idem Socinus *cons. 2. num. 10. & 11. lib. 1.* Et quod opera so-
cii diligentis quandoque plus societati † conducat, 4
quā alterius pecunia, testis est I.C. *in l. si non fuerint. vers. plerunque enim. ff. pro socio.* Hinc certum est valere eam societatem, in † qua alter operam, alter vero pe- 5
cuniam confert *l. 1 C. pro socio. l. 5. ff. eod. tit.*

Cum autem quæritur ad quid societatis administrator teneatur? recte D. Consulens respōdit, in primis spectandam esse conuentionem partium: quia
contractus † ex conuentione legem accipiunt, *l. 1. §.* 6
si conueniat. ff depo. l. semper in stipulationib. de reg. iuris. & de societatis côtractu probat tex. *in l. action §. hoc ita. ff. pro socio* Et conuentiones & pacta si à principio cô-
tractui † apponantur, illi inesse, & proinde actionem 7
parere *l. iurisgentium §. quinimo ff de pactis l. in bonæ fidei. C. eod. tit. l. singularia. ff si certū petatur.* Nisi talia pacta sint contra naturam societatis, veluti, si inter socios
conueniatur, vt † alter lucrum tantum, alter damnū 8
tantum sentiret. Hanc enim societatem Cassium Leoninē appellare solitum esse, adque adeo non valere Aristo dicebat *leg. si non fuerint. §. Aristo. ff pro socio.*

Recte ēt responsum est in dicto côsilio, administra-
torē societatis suæ administrationis rationē † redde- 9
re aliis sociis teneri, sicut omnes alii tenentur rerū alienarū administratores, veluti tutores, œconomi hospitaliū, executores testamētorū, & alii cuiuscūq; generis. Ita n. Villico iussit saluator noster *Lucæ c. 16.* Redde rationē villicationis tuæ, & iure constitutū est *leg. 1. § offi. 10. ff de tutela & ratio. distrahend. l. rationes l. aduersus. Cod. de admi. tutor.* & de socio qui socii negotia tractauit Iason *cons. 4. num. 1. & 9. lib. 1.* Socinus senior *cons. 24. num. 37. lib. 1.* Ruinus *cons. 101. nu. 13. & 54. nu. 8. lib. 1.* Parisius *cons 82. num. 22. cons. 84. num. 24. consil. 88. num. 6. lib. 1* Menochius *de arbitr. iud. cum. casu 209. num. 2 & 3.* Petrus de Obaldis *de duob. fratrib. parte 12. circa principium.* Rota Genuensis *decis. 165. numero sexto.*

Rationum autem † redditionem quatuor conti- 10
nere recte dicitur in eodem côsilio: nimirum librorum societatis editionem & exhibitionem. Secundo calculi positionem. Tertio reliquorum restitutionem. Quarto negligentiæ purgationem. *leg. cum seruus. ff. de cond. & demonstr. l. si pure. ff de fideicommiss. liber. l 1. D. de tutela & rationib. distrab. l. 1. §. 2. C. de hered. tuto. l. 2. C. si tutor vel curator non gesserit.* Socinus senior *in cons. 149. num. 3. lib. 1. & 159. num. 11. & 190. lib. 2.* Berous *in cons. 191. numer. 47. lib 1.* Sed omnium diligentissime omnia hæc requisita probat Menochius *de arbitr. iud. casu 209 n. 14 vsq. ad fin.*

Et quod attinet ad primum, non solum requiritur, vt exhibeantur libri rationum, sed vt in iis quoq;
accepta & exposita expresse & clare † cum omnibus 11
circumstantiis temporis & personarum speciatim & non in genere ponantur, & ita vt bona fides & integritas administratoris colligi possit. *l. qui sub conditione ff. de cond. & demonstr.* Bartolus *in cons. 150. incip. cum prædicta num. 9* Socinus senior *in dict. cons. 159. numer. 3. & 4. & cons. 190 num. 1. lib. 2.* Plotus *ad l. si quando num. 243. Cod. de in litem iurando* Rolandus à Valle *cons 49. num. 21 lib. 1* Menochius *de arbitr. iudium. casu 208. numer. 10.*

Et quamuis tam exacta & † scrupulosa ratio vbi 12
societas inter coniunctos contracta est, & administratores sunt magnæ familiæ, exigi non debeat, arg. *l. procula. ff de probatio.* & eorum quæ pro nobilib. præsumi solent. Crauetta *in cons. 6. numer. 28.* & Menoch. *cons. 22. num. 7. lib. 1.* tamen si aliqua esset suspicio vel doli, vel omissionis, tunc quēlibet sociorum petere posse

posse, vt ratio sibi reddatur, nimirum, quomodo ex-
positum sit illud & illud, &c. in quo etiam parte ille
habet, recte dictum est & positum in dicto consilio.
Istud enim est, quod iura dicunt, quandoq; actioné
13 pro socio † nasci durante societate. *vt in l. actione. §. nonnunquam. ff. pro socio. & in l. tamdiu. C. eod. tit.* vbi Sa-
lycetus ita scribit, quandoque ratione fraudis, doli,
vel culpæ commissæ, actio nascitur societate duran-
te: & similiter intentatur, si non vult intentans à so-
cietate recedere, quia non putat sibi expedire, sed
vult tantum, vt fraus, dolus vel culpa emendetur,
nam pro hoc actu singulari potest intétari, vt singu-
lis temporibus ordinate videatur ratio societatis,
non dico animo distrahendi, sed simpliciter calculi
reuidendi, vt sic videatur quo modo negociatur,
& an pecunia stet otiosa vel non, vt dixi, super ru-
brica, & ita intelligo quod notatur hic in Glo. *& in l. actione. §. nonnunquam. ff. eod.* Hactenus Salycetus.
14 Et quod omni tempore † ratio peti possit à socijs ad-
ministratoris, si modo absque calumnia id fiat, post
Baldum & alios quos citat, tradit etiam Socinus se-
nior *in dicto consilio 192. col. vltim. vers. præterea ratione societatis libro secundo.* Et ratio est, quæ in responso
adfertur, quia administratori non licet in suis ra-
15 tionibus † in minimo quærere lucrum, vel modum
decipiendi. Quod & indicat I C. *in l. qui sub conditione. ff. de cond. & demonstrat.* dum ait, fidem consta-
re oportere omnibus, quæ ab administratore gesta
sunt, vt neque subtraxerit quid ex ijs quæ accepe-
rit, neque expensum rationibus præscripserit, quod
non dederat, &c.

Secundum requisitum in rationibus reddendis
recte dicitur hoc esse, vt rationes fiant, & calcu-
lus ponatur, & causæ expensarum diligenter, fide-
lite & clare inserantur. Si enim in libro rationum
16 non ponantur † causæ & probationes expensarum,
non tenentur socij eis credere.

ita Callistratus *in dicta leg. cum seruus ff. de cond. & demonstrat.* illis verbis, *legendas offerre rationes primum, deinde computandas, vt explorari possit computationis probæ an inscribe referantur, accepta recte relata an non recte.* Facit tex. *in l. neminem. C de suscepto. & arcari. lib. rodecimo.* notat Bartol *in l. comperimus C. de naut. vsur. libro decimo.* Socinus iunior *cons. 148. numero sexto & septimo libro primo* Roland. à Valle *cons. 49. numero 28. libro primo.* Socinus senior *consilio vigesimo quarto. nu. 38. lib.* .

Tertium etiam requisitum quod † reliqua admi-
17 nistrator debeat restituere, probatur *in d. leg. cum seruus. ff. de cond. & demonstr. & in l. qui sub conditione. ff. eod. ta. ibi. sed & quid reliquum per contextum scriptum est remanere apud eum, soluere debet, &c. & in l. Lucius Titius. ff. de manumiss. testa.* Socinus senior *dicto consilio 24 nu. 38. libro 1.* alios citans Menochius *de arbitr. iudicum. cas. 109. num. 21.*

Quartum porro requisitum nimirum probatio-
nem debitæ diligentiæ, vel excusationem commissæ
negligentiæ, late patere vt dicitur in consilio, quia
quæstio culpæ & diligentię arbitraria sit, exploratum
est. Et si enim legibus definitum est socium † socio
18 eam diligentiam præstare debere, quam in suis rebus
adhibere solet *l. socius socio ff. pro socio.* non tamen vs-
quam definitum est, quando diligens vel negligens
quis dici possit; præterquam in genere, cum scili-
cet † facit, vel non facit ea, quæ homines frugi face-
19 re solent, & quæ tenetur facere, faciuntque alij eius-
dem professionis homines. vt tradit Bartolus & alii
in l. quod Nerua ff. depositi. & ideo hæc res arbitrio iu-
dicis videtur ex factorum & causarum circumstan-
tijs specialiter decidenda, *argum. l 1. ff. de iure delibera.*
Hinc dicebat Glo. *in c. si clericus, in vers. negligenter de preben. in 6.* Quando aliquis dicatur negligens arbi-
trio boni iudicis relinquendum credo, adducit tex.
qui hoc optime probat *in l continuus. § cum ita. ff. de verbor. obligat.* alios citat Mascardus *de probationib. vol. 2. conclus. 625 num. 14.*

Iuri etiam consentaneum est, quod responsum est
ad præcipuam ac summam quæstionem: nimirum
an in societatibus administratori rationum redditio
possit remitti, & administratio libera relinqui, vt so-
lis ipsius verbis credi debeat. Et si vel ex transactione
vel per testamentum, vel codicillum, vel aliá vltimá
voluntatem ita libera relinquatur, quousq; talis re-
missio de iure extendatur: non obstante ista remis-
sione, nihilominus † rationes reddendas esse admi- 20
nistrationis & reliqua restituenda socijs. Ita enim có-
muniter doctores censuerunt, adducti *ex l. Aurelio. §. Caium. ex l. Aurelius §. Mæuia. & ex l. si quis rationes ff de liberatione legata, ex l. si seruus vetitus. de legatis primo. ex l. quidam decedens. ff de admi. tuto. vt a Bartol. in d § Caius. n. 8* Socinus senior *in cons. 201. lib. 2* Angelus *cons. 185* Crauetta *cons. 195. n 9.* Couar. *lib 2. variar. resol. cap. 14. n. 3. vers. secunda conclusio.* Castrensis *cons. 13 n 1. & 445. n. 3. lib. 2. & cons. 86. dubitatio. in fine. lib 1.* Iason. *in l. si ob pactum. 2. n. 3. C. de transact.* Ruinus *cons. 6 n. 3. lib. 2* Decius *cons. 178. n. 3 & 191. n. 4* Beroius *cons. 37. in fine. lib. 2.* Alexander *cons. 45 lib 1.* Menochius *de præsump. lib. 4. præsump. 154 n. 1. & n. 17.*

Hæc est enim communis & vera sententia, quod
si administrator a redditione rationum liberatus
fuerit, intelligatur tantum ei remissa † scrupulosa 21
quædam, anxia & exactissima rationű redditio, nó
si quid forte per negligentiam omissum fuerit. non
autem dolus & lata culpa, quæ dolo æquipararur.
iux. l. quod Nerua. ff. depositi. vt expresse docet I.C. *in d. l. si seruus vetitus. de leg. 1.* dolus enim futurus remitti
non potest *l. si vnus. § illud ff. de pactis.* ne detur occasio
delinquendi *l. conuenire. ff de pactis dotalib.* & ideo re-
cte dicitur in consilio, talia pacta, stipulationes &
dispositiones, quibus dolus futurus tacite vel expres-
se remittitur, non valere, quia sunt contra bonos
mores, & peccati nutritiua, ita enim docuerunt o-
mnes superius allegati, & præclare Feratius *cautela 51. incip. si quis. circa finem. vers. sed contrariam partem.* Couuar. Crauetta, Menochius & alii *in locis supra allegatis.*

Sequitur secunda quæstio an Domini Ioannis
prætensa administratio, de iure consistat, & an ipsa
ad societatis sustentationem & augmentum, vel
potius ad destructionem eiusdem pertinere videa-
tur.

Et præmittimus vna cum Domino responden-
te, secundum ea quæ proponuntur, huius admini-
strationis potestatem in sequentibus punctis consi-
stere: vt totam societatem ipse D. Ioannes admini-
stret, & regat, famulos suscipiat & dimittat, & in o-
mnibus causis & negocijs ad societatem pertinenti-
bus ipse solus mandet, disponat, & sufficientia man-
data & procuratoria, ad negocia & lites, cum omni-
bus necessarijs clausulis, det debita exigat, capita-
lem rationem faciat, & omnia præsentia in societa-
tem taxet, alijs socijs suam portionem significet, di-
uidat, omnes libros ad societatem pertinentes lite-
rasque & instrumenta retineat, sub custodia sua.

His ita præmissis pro Domino Ioanne defensio-
neque suæ potestatis, primo adfertur iuris regula,

quod in contractu societatis sicut & in aliis, præsertim bonæ fidei contractibus, bona fides exuberare, & æquitatis ratio haberi debeat, & illud po-
22 tissimum iuris axioma, contractus † ex conuentione legem accipiunt. *§. in bonæ fidei. in Instit. de actionib. l. placuit. C. de iudi. l. in omnibus quidem. de regul. iuris. l. & si quis. §. idem Labeo. ff. de relig. & sumptib. fune. l. quod si ephesi. §. interdum. ff. de eo quod certo loco. l. si seruum. §. sequitur. ff. de verbor. obligationib.* Et quod in
23 contractu † societatis pacta sint seruanda, *patet ex l. si conuenerit. & l. idemque erit. §. vlt. & l. sequenti. l. si non fuerint. l. actione. §. hec ita. ff. pro socio.*

Et ideo conditiones & pacta inter socios, quæ honestati & bonis moribus non repugnant, seruanda sunt. *arg. l. 1. ff. de pact. & l. iurisgent. §. prætor ait. ff. eod. libro primo. ff. de constitut. pecun. cum similibus, quæ passim occurrunt. l. prim. §. si conueniat. ff. depo. & alibi passim.*

Secundo adfertur quod eidem Domino Ioanni, non solum D. Marcus per codicillum anno 1577. c. ectum, post mortem suam administrationem tradi voluit, sed etiam idem D. Marcus & tertius frater D. Iacobus anno 1591. eandem per transactionem omni meliori iuris forma, omnibusque clausulis obligatoriis confirmarunt.

24 Ea igitur quæ † semel placuerunt, amplius displicere non debent. *c. quod semel. de reg. iur. libro sexto.* Et contractus ab initio sunt voluntatis, sed cum facti sunt, necessario seruandos esse constat. *l. sicut. C. de actionib. & obligat. l. pactum. l. pacta nouissima. & toto tit. C. & ff. de pactis.*

Tertio adfertur D. Marcum hoc præsenti anno 1596. in Februarii mense dicto D. Ioanni fratri suo, in præsentia notariorum & testium, solenniter cum instrumentorum erectione dictam administrationem tradidisse. Quod igitur tam solenniter confectum, stabilitum, consummatumque & perfectum est, non videtur facile rescindi posse, sed omnino seruari: quia nihil est tam congruum fidei humanæ, quam ea seruari quæ conuenta sunt *l. 1. ff. de pactis. l. 1. ff. de constit. pecun.* sic & perfectas venditiones seruandas esse admonet Imperator. *in l. 3. C. de rescindend. vendit. & in l. 1. & 2. C. quando liceat ab emp. reced.* Et perfecta donatio mutari non potest. *l. perfectas. C. de donationib. quæ sub modo.* & id generale est in omnibus contractibus, quod scilicet bona fides non patitur, vt à conuentis recedamus.

Quarto D. Ioannes habere videtur pro sui defensione maiorum suorum exempla, quod ita semper fere ab hominum memoria, videlicet à tempore Domini Iacobi senioris & suorum fratrum Georgii & Vldarici, ita fuerit ordinatum, & huc vsque cum magna vtilitate & augmento huius familiæ fuerit seruatum, videlicet vt administratio huius societatis penes vnum vel vt plurimum penes duos ea conditione fuerit, vt arcana societatis soli administratori & suis adiunctis duntaxat, non etiam aliis dominis & sociis, licet eiusdem gradus essent, crederentur. Ita prædictus D. Iacobus senior, à quo magna pars diuitiarum Dominorum Fuggerorum proficiscitur, satis diu solus societatem administrauit, & ante suam mortem nepotibus suis ex Domino fratre Antonio commendauit & tradidit. Dominus Antonius vero eandem administrationis potestatem seniori suo filio D. Marco. D. vero Marcus Domino Ioanni tradidit.

Non videntur ergo mutanda, quæ consuetudinem † certam semper habuerunt. *l. minime. ff. de legib.* & de consuetudine vnius familiæ custodienda & seruanda inter ipsos, qui in familia sunt, quamplurima extant doctorum responsa, licet in specie non loquantur de tali consuetudine constituendi administratorem societatis Ioann. Andreæ *ad Specul. tit. de instrumentorum editione. §. compendiose. vers. sed nunquid dicemus. in additione, incipiente, interposuit Obertus hic verbum progenie.* Iason *in l. omnes populi. numero quadragesimo secundo. ff. de iustit. & iure.* vbi scribit se ita respondisse in oppido quodam de familia Sicorum. *vt in consil. 46. libro primo.* Zasius *in consi in primo, num. 34. libro secundo.* Ruinus *consil. 38. numero sexto, libro primo.* vbi respondit de consuetudine familiæ Pallauicinorum. Brunus *consilio vndecimo. numero quarto.* Boerius *decisio. 155. numero vigesimo nono.* Parisius *consilio vigesimo sexto. num. 97. libro secundo & 65. num. 34. libro primo.* Socinus senior *consil. 61. numero quinto. libro tertio.* Socinus iunior *cons. 65. numero 34. libro primo.* Natta *consil. 503. numero decimo quinto. libro tertio.* Baldus *consil. 347. quero quidam nobiles. libro primo.* vbi dicit consuetudinem domus nobilium, similem esse consuetudini oppidi. Nam magna parentela inquit, & oppidum instar habent partis ciuitatis, Duarenus *qui citat ad hoc l. si non specials. C. de testamen. in tract. feudor. capite decimo, numero octauo.* Tiraquellus *de iure primogen. quæstione decima sexta. numero quarto & septimo.* Menochius *in consil. 29. num. 18. lib. 3. & 443. num. 59. lib. 5.*

Verum iis & similibus non obstantibus, concludimus simul cum doctissimo Domino respondente, secundum ea quæ in facto præsupponuntur, & in consilio narrantur, Magistratum Augustanæ reipublicæ sufficientes causas habere & rationes, quibus persuaderi possit ac debeat, ita disponere & ordinare in hoc negocio, vt Domini Marcus & Iacobus, & vtriusque filii iam maiores 25. annis, & istius negocii satis intelligentes & periti, non cogantur inuiti huic prætensæ Domini Ioannis administrationi se subiicere.

Rationes autem apparebunt ex solutione argumentorum per Dominum Ioannem adductorum. Nam si is neque pactis conuentis, neque codicillo ac transactione, neque traditione administrationis, neque maiorum exemplis adiuuari, ac tueri se possit, nullum plane fundamentum videmus pro sua administratione.

Igitur quod attinet ad primum, non est dubium, quin pacta seruanda sint, præsertim inter socios inita: Verum iuri & æquitati consentanea esse debent, & ita qualificata, vt nulla ex eis secundum communem hominum existimationem & iudicium iniquitas oriri possit. Hinc enim scriptum est, pacta quæ contra leges † vel constitutiones principum, 26
vel bonos mores inita sunt, nullam vim habere. *l. pacta, quæ contra. C. de pactis. l. contra iuris. ff. eod. tit.* Et non solum scandala, verum etiam † occasiones 27
scandalorum vitandæ sunt. *l. in fundo. ff. de rei vind. l. meminerint. C. vnde vi.* latissime Crauetta *in cons. 264. numero septimo. 294. numero octauo. & 314. colum. 4.* vbi scribit iuramenti vinculum esse dissoluendum, quando alias ex illius obseruatione futurum esset scandalum.

Præsertim vero in societatibus, quæ ius fraternitatis in sese habere videtur. *leg. verum. ff. pro socio.*

Negati

Negari autem nō potest, quin ex tali administrationis potestate, quam D. Ioannes se habere contendit, sibiq; asserit & vindicat, probabiles sint ac plane fortes, ac de iure considerabiles suspiciones atq; occasiones scandalorum & malorum.

Eiusmodi enim administratio prætensa D. Ioannis esse dicitur, vt inæquales diuisiones cōtineat, intempestiuas dimissiones bonorum & vtilium famulorum, nominum æstimationes pro suo commodo & aliorum bonorum siue iurium societati semel acquisitorum per administratorem factas.

Ex his autem materiam multarum rixarum suppeditari posse non videtur opus multis argumentis, ad persuadendum ex sententia domini consulentis allegantis exempla in hac familia nuper exorta, & nondum sopita, litesq; ac dissensiones, quæ inter lineam Raymundianā & Antonianā, maxime ex hac insolita & immoderata administratione ortæ sunt.

Et profecto nulla maior est iniquitas, quam cum
28 inter † æquales seruatur inæqualitas. Ideo inter fratres æqualitatem seruandam esse nō raro legibus admonemur. *l. pen. C. commu. diuis. l. vlt. C. com. vtriusq; iud. l. vt liberum. §. vlt. C. de collatio.* Et præclare D. Ambrosius *in lib. de Ioseph. Patriarcha cap. 2.* Iungat inquit liberos æqualis gratia, quos iunxit æqualis natura, Lucrum pietas nescit pecuniæ, in quo pietatis dispēdium est. Quid miraris si propter fundum aut domum oriuntur inter fratres iurgia, quando propter tunicam inter Iacob sancti filios exarsit inuidia? Idem præclare etiam ex nostris Angelus respondit *in cons. 287. pro clariori decisione col. 3.*

Et scriptum est *ecclesiastici 25.* In tribus placitum est spiritui meo, quæ sunt probata coram Deo & hominibus: concordia fratrum, & amor proximorum, & vir & mulier sibi bene consentientes. Et Salomon scribit, sex esse quæ Deus odit, septimum autem hoc esse, eum, qui seminat inter fratres discordiam, detestari animam eius, *Prouerbiorum 6*

29 Denique æqualitas † ex sententia Pythagoræ apud Platonem *lib. 6. de legib.* & Aristotelis *lib. 9. Ethicorum, c. 8.* amicitia est, id est, vbi æqualitas est, ibi quoq; amicitia. Est enim æqualitas amicitiæ parens & altrix; contra inæqualitas discordiarum bellorumque mater, quibus consonat tex. *in c. decimas quas. §. has vero decimas. 16. quæst. 7.* probans inæqualitatem esse fomitē discordiæ, quod & tradit Aristoteles *lib 5. Politicorum cap. 1.* Denique pacta non valere inter socios quibus
30 inæqualitas † continetur ac inducitur, probat tex. *in l. si non fuerint. ff. pro socio.* illis verbis, *placet valere si modo aliquid plus contulerit societati*, secundum sententiam Azonis, quam ibi Accursius sequitur, & est communiter recepta teste Corneo *in cons. 139. num. 4. & cons. 243. n. 9. lib. 1.* vbi scribit ex sententia Theologorum, societatis contractum iniquum & inualidum esse, quando vnius socii melior est conditio, quam alterius. & iterum dicit, Azonis sententiam receptam esse, adferens authoritates. refert & sequitur D. Tiberius Decianus *cons. 11. num. 13. lib. 1.*

Et sane, vt inquit D. Consultor, homini libero non seruile otio deditum ingenium habenti, qui iam maiorennis est, quique res suas optime intelligit, easque administrare potest, durum admodum & graue est, alium contra suam voluntatem in suis rebus pati administratorem, tanquam ipse vel puer, vel mente captus, vel prodigus esset. Est enim hæc species seruitutis, quæ maxime contra naturam est. Nam libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. *§. 1. in Instit. de iure personarum.* Et ideo † iniquum est, 31 ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum administrationem. *l. 2. ff. si à parente quis fuerit manum: ff.*

Hinc iure sancitum est minori 25. annis † inuito 32 curatorem non dari, nisi ad litem. *§. 1. Instit. de curatorib.* quia vnusquisque pubes rei suæ moderator & arbiter. *l. in re mandata. C. mandati.*

Præsertim vero hæc dicenda videntur cum supra dicta administrationis potestas ita sit qualificata, vt nullus socius videatur esse partis suæ dominus, & ita regi ab administratore videatur sicut pupillus à tutore regitur.

Etenim non habere potestatem recipiendi famulos ac dimittendi, mandata ad lites & negocia constituendi, debita exigendi, libros negociationum custodiendi, & similia faciendi, aliquo modo ferri posset & permitti, vt administratori cum suorum laborum recompensatione talis potestas concederetur.

Sed quod ipse solus administrator capitalem rationem facere possit, & quæ in societate sunt iuxta suum placitum solus taxare, quod alii socii in ratione generali suam portionem ac diuisionem petere non possint, nec libros rationum videre, nec administratorem interrogare queant, cur hoc vel illud faciat, hęc vero grauissima sunt, ac plane intolerabilia: præsertim vbi duo fratres & ipsorum filii iam maiores 25. annis existunt, qui simul duplo plus quam tertius, qui sic administrare vult, in societate habent: & ideo talem senectutis speciem merito ferre non possint.

Hæc omnia probātur ex iis quæ supra de æqualitate seruanda inter fratres late deduximus. Nam si illa vsque adeo seruanda est in rebus modicis, & adeo legibus inæqualitas displicet, quid dicendum erit, vbi tanta, tam grauis & tanti momenti inæqualitas resultat?

Extant quidem exempla apud Iurisconsultos administratorum, quos aneclogistas † appellant, qui 33 scilicet rationes facere non tenentur. *l. quidam decedens. ff. de administra. tutor. l. si quis rationes. ff. de lib. legat. l. Auctio. §. Caius eod. tit. & alibi*, sed talis administrationis siue potestatis exemplum nullum legimus, nec putamus absque magna litium & rixarum occasione & materia facile inueniri posse.

His igitur consideratis, recte monet D. cōsulens, Magistratum † A. qui quidem ante omnia pacem 34 & concordiam inter suos subditos, maxime in tam illustri familia conseruare debet, & omnibus occasionibus dissidii & contentionis tempestiue occurrere, permittere non debere, vt tam strenue, & tanto nixu & contentione partes de hac administratione contendant. *l. si vsusfructus. §. sed si inter alias incipit æquissimum ff. de vsufruct. l. nam salutem. ff. de off. proconsul. & legat. §. 1. in auth. de armis. c. 1. de prohibita feudi alien. per Frideric. l. denunciamus. C. de his qui ad ecclés. confugiunt.* præclare Andreas Geill. *libro primo de pace publica. c. 1. n. 3. & 4. & cap. 3. n. 11. & 12.*

Quinimo etiam ipsius magistratus ac reipub. interest ne oriantur, sed vt sopiantur huiusmodi dissensiones, ne in illustri familia radices agant, & eam perdant in maximum reipub. detrimentum.

Opes enim priuatorū, diuitiæ sunt publicæ, quia reipubl. interest † subditos habere locupletes. *§. cogitatio. in auth. vt iudices sine quoquo suff. ag. l. vni. §. vlt. C. de caduc. tollend. & in authen. de hered. & falcid. in princ.* 35

T 2 Quam-

Quamobrem ad euitanda hæc mala recte dicitur in consilio, Dominos Præfectos reipubl. senatores & consiliarios omnem operam dare oportere, vt lis ista & contentio tollatur & transigatur. Et si aliter fieri non potest, Domino Ioanni iubere, vt à tali tamque intolerabili administratione abstineat.

Nam & ad euitandos tumultus, & scandala,
36 non raro possessionem ad se † auocare vel in sequestro ponere rei, de qua contentio est, magistratus solet, & partibus inhibere ne ad illam accedant, & partes ipsas ad pacem & concordiam seu transactionem compellere: Bartolus *in dict. leg. si vsusfructus. §. sed si inter duos (alias incipit l. aquissimum.) ff. de vsufruct.* Afflictus *decis.* 149. *numero quinto & sexto. fa. it tex. in l. congruit. ff. de off. præsidis.* & late Vrsillus *in additionib. ad dictam decis. Afflicti numero octauo, nono, decimo & seq.* Et de possessione apud iudicem sub sequestro retinenda, quando alias inter partes contendentes futurum est scandalum, scribit Decius *in leg. vlt. numero sexto. C. de edi. di. Adr. tollen. in l. si super possessione. numero septimo. C. de transact.* Neuizanus *libro primo. sylua nuptialis. num.* 80. Tiraquellus *de iure primogenitorum, capite quarto. in fine. & de pœnis legum. causa* 46. Socinus iunior *consilio sexagesimo octauo, numero* 135. *libro sexto.* Menochius *de recuperanda. remedio primo. num.* 323.

Et, quod late deducit Dominus consultor, medium, vt scilicet saltem donec vixerit Dominus Marcus, dictus Dominus Ioannes abstineat ab administratione, nobis etiam probatur: per ea quæ in consilio deducuntur, quæ quia potius ex facti informatione pendent, quam ex iuris articulis, nostris allegationibus confirmari non possunt.

Non obstat si dicatur, quemlibet bonum
37 præsumi † iustum & probatum. *l. merito. ff. pro socio.* iustum & memorem salutis æternæ, *cap. primo de scrutinio. c. dudum. c. vlt. de præsumptionib. l. cum pater. § rogo. de leg. 2. l. omnimodo. C. de inoff. testam.* latissime Menochius *de præsumptionib. libro quinto. præsumpt.* 1. *num.* 15.

Et tristes euentus considerandos non esse. *l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de verborum obligationibus.*

Nam in casu isto attentis supradictis circumstantiis, hæc argumenta locum habere non possunt, quod ex eo confirmari potest, quoniam vbi agitur de præiudicio tertii, cessat regula *dict. leg. merito.* vt post alios declarat Menochius *loco proxime citato. num.* 19.

Et tristes euentus considerandi sunt, quando iustæ adsunt rationes & coniecturæ, quibus tristes euentus merito timeri possint. *l. vltim. C. de pactis. cum similibus.*

Sed & illud nobis quoque magnopere proba-
38 tur Doctissimi viri † consilium, vt quod omnes tangit ab omnibus debeat approbari. *c. quod omnes tangit. de reg. iur. libro sexto. l. per fundum. ff. de seruitut. rustic. prædior. l. receptum. ff. communia prædior.* Et proinde in hoc negocio rem ita componi ac transigi posse, vt cum D. Ioannes, Marcus & Iacobus viuant, & filios habeant, natu grandes, prudentes, & idoneos administrationi, præficiatur vnus ex cuiuslibet filiis, qui magis qualificatus & idoneus iudicetur. Sic enim omnis discordia tolletur, & æqualitas seruabitur, iurisque & æquitatis regulis satisfiet, vt latius in dicto responso deducitur.

Præsertim vero cum in dicto consilio proponatur, antiquorum dominorum Fuggerorum voluntatem & consuetudinem hanc fuisse, vt ex qualibet linea vnus sit administrator, cui societatis arcana credantur. Huc enim spectant quæ superius attulimus, ad ostendendum, quantum momenti habeat alicuius particularis familiæ consuetudo antiqua, quæ nunc profecto eo magis seruanda videtur, quo magis apta est ad sedandam omnem hanc litem & contentionem, plenam tristissimi & periculosissimi euentus. Hæc de primo argumento.

Quod attinet ad secundum, illud ex codicillo D. Marci & transactione sumptum est, sed recte respondetur in consilio, dictum codicillum vires non habere, donec D. Marcus vixerit: Ambulatoria enim † est hominis voluntas vsque ad extremum vitæ spiritum *l. 4. ff. de adimen. legatis.* & præclare I C. *Quod pendet, inquit, non est pro eo, quasi sit. l. Is damnum dat. §. quod pendet. de reg. iuris.* Et ideo codicillus cum sit species vltimæ voluntatis effectum habere nequit, nisi post mortem codicillantis, vt præsupponitur *in toto tit. ff. de iure codicillor. & C. de codicillis. & in Instit. eod tit. & apud doct. passim.* 39

Quod vero attinet ad transactionem, idem recte respondetur, quandoquidem illa in morte Domini Marci expresse & clare concepta & conclusa est, vires & effectum ante mortem eiusdem Domini Marci non habere. Omnes enim contractus & dispositiones siue inter viuos, siue in vltima voluntate, quæ certas † conditiones vel modos per tractum temporis habent, nihil operantur, nisi conditio extiterit, vel modus impletus sit, vel tempus exactum sit, *l. cedere diem. ff. de verbor. significationib. l. 1. l. quibus diebus. §. Termilius. & l. seq. ff. de condit. & demonstrat. l. item quia. ff. de pactis. vbi Glo. in ver. male & doct. ibi.* Decius *in consilio secundo, numero quarto.* vbi alios citat Bartolus *in l. ita stipulatus. in tertia quæstione. princ. vers. Tertio est videndum. ff. de verbor. obligat.* Alciatus *in dict. l. cedere diem. ff. de verbor. signific.* Cæphalus *consilio* 113. *num.* 3. *lib.* 1. 40

Et dato quod dicta transactio pura esset, quia tamen conditiones & pacta continet grauia & intolerabilia, non potest de iure subsistere, eisdem rationibus, quæ superius allatæ sunt, ad primum argumentum.

Ad tertium argumentum petitum ex eo, quod D. Marcus hoc præsenti anno administrationem ipsi D. Ioanni tradiderit, placet nobis dilemma D. consulentis. Aut D. Marcus eo tempore ita fuit constitutus vt potuerit testari, contrahere, aliosq; actus legitimos exercere, qui intellectus & mentis sanitatem requirunt: aut aliter constitutus fuit: nimirum vt hæc facere non potuerit, ob mentis & memoriæ debilitatem ac infirmitatem, si primum dicatur, obstant ea, quæ superius allata sunt, contra pactiones & conuentiones: Si enim tales pactiones veluti contra leges & bonos mores, & plenæ tristissimi & periculosi euentus non valent, ex argumentis supra relatis sequitur, vt nec valere possit traditio administrationis, facta secundum formã dictarum pactionum & conuentionum. Vbi enim principale non † valet, 41
nec etiam accessorium consistere potest. *l. cum principalis. de reg. iuris. c. accessorium. de reg iuris. lib. 6. l. 2. ff. de pecu leg. l. Lucius. ff. qui potio. in pign. habean. l. nõ dubium. C. de legib.*

Et rescisso principali † rescissum videtur accessorium, vt notat Glo. *in l. si patronus. §. si patronum. ff. si quid in frau. patroni.* notat Decius *in d. l. cum principalis. num.* 1. 42

Si vero

Si vero posterius dicatur, nimirum D. Marcum ita
constitutũ fuisse, vt illos actus legitimos facere, & ex-
ercere non potuerit, illa traditio per se corruit & nul-
lius est momenti. *arg. leg. vlt. ff. de curato. furioso, & aliis*
extra mino. dandu. Et ideo istis, qui propter infirmita-
43 tem rebus † suis superesse non possunt Curator dari
solet *leg. hu quis. 12. D. de tuto. & curato. datis ab his leg. ge-*
neraliter. 52. cum Glo. Cod. de episco. & clericis. Speculator
tit. de curatore. §. vlt. num. 17. vers. datur etiam curator cui-
libet infirmo. alios citat Ludolphus Schraderus *de feu-*
dis parte 10. sect. 19. n. 103.

Ad quartum argumentum sumptum ab exemplis
maiorum eiusdem familiæ, quia heres in facto con-
sistit, & in consilio multa contraria exempla D. Io-
anni adferuntur, ac de his plene & eleganter disse-
ritur, non putauimus locum esse nostris iuris allega-
tionibus, cum facti potius quam iuris quæstio sit. Il-
lud monentes, fragile admodum esse illud argu-
mentum quod ab exemplis deducitur, eorum quæ
44 in † eadem familia facta sunt, quia talia exempla vim
legis non habent, vt docebat Angelus *in leg. vlt. Cod.*
de testament. Alexander *in leg. si non speciali. post med. vers.*
sed an illud. C. eod. Iason *in l. si quis à filio. §. vlt. col. 2. vers.*
adde fortius. de leg. 1. Ruin *cons. 208. col. 1. vers. præterea ne-*
gari. lib. 1.

Porro quod dicitur in consilio Dominum Ioan-
nem alium administratorem substituere non posse,
nobis probatur. Nam posito quod ipse administra-
re non possit secundum illas conditiones & pacta de
quibus supra disputatum est, hinc recte infertur, nec
alium etiam substituere posse, cum eadem illa po-
45 testate, quia non † entis nullæ sunt qualitates, & re-
soluto iure datoris resoluitur ius acceptoris *leg. eius*
qui in prouincia §. vlt. ff. si certum petatur. leg. lex vectigali.
ff. de pignoribus. Et his accedit quod nemo plus iuris in
alium transfert quam ipse habeat, *l. nemo plus iuris.*
de reg. iuris. leg. traditio. ff. de acq. rer. dom. Et quod si
46 principalis causa † non valet, nec etiam id quod ex
ea sequitur valere potest, *leg. cum principalis. ff. de reg.*
47 *iur.* Et ideo † in feudis traditum est, nullam esse ha-
bendam rationem substituti, quando ius feudi amis-
sum est: Quomodo enim vasallus per substitutum
seruiret, si iam suum ius amisisset: Etenim non entis
nullæ sunt qualitates Hartmañus Pistorius *lib. 2. parte*
posteriori quæst. 23. numero 4. & 5. & hæc de secunda quæ-
stione.

Tertia quæstio est, vtrum parentes vigore testa-
menti, & vltimæ dispositionis vel transactionum fi-
lios ad continuandam hanc societatem quæ iuris
terminos excedit obligare potuerint?

Ad hanc quæstionem recte, & iuri sane conue-
nienter à D. Consulente respondetur: parentem su-
os filios & heredes neque per testamentum, neque
48 per aliam quamcunq; voluntatẽ † ac dispositionem
obligare posse, vt post mortem suam filii inuiti in ta-
li societate manere cogantur. Ita enim expressim
ac diserte respondit IC. Pomponius *in leg. 60. ff. pro*
socio. Adeo morte socii soluitur societas, inquit,
vt nec ab initio pacisci possimus, vt heres suc-
cedat societati. Et Vlpianus *in leg. 35. eodem tit.* Ne-
mo potest societatem heredi suo sic parare, vt ipse
heres socius sit. Et huc pertinere videtur quod di-
citur, nulla societas in æternum coitio est. *leg. nulla.*
ff. eod. Et nemo inuitus in communione manere
compellitur *leg. vlt. Cod. comm. diuid.* Et si conueniat,
vt omnino non fiat diuisio, pactum non valere *leg. in*
hoc iudicio. § si conueniat. eod. tit.

Et ratio † est quæ in consilio adfertur, quia hæc 49
videtur esse quædam species seruitutis, & constrin-
gere liberum hominis arbitrium, ac potestatem dis-
ponendi de rebus suis. Præclare enim Papinianus *in*
leg. fratres. 53. §. idem respondit. D. pro socio. Societatem
vltra mortem porrigi non posse, & ideo nec liberta-
tem de supremis iudiciis constringere quem posse:
Et dicitur contra bonos mores illa pactio & stipula-
tio, per quam tollitur libertas testandi *l. stipulatio hoc*
modo concepta. ff. de verb. oblig. & ita respondit Alexand.
in terminis nostris *in consilio 110. numero quinto. libro*
tertio. Paulus Castrensis *in leg. si non sortem. §. si centum.*
numero quarto. D. de cond. indeb. & ibi Iason *num. quinto.*
Viuius *comm. opin. in ver. legitima nullum grauamen.*
Clarus *in §. testamentum q. 67.* Socinus senior *consil.*
278. numero 12. libro secundo. Tiber. Decian. *cons. 36. nu.*
12. lib. 1.

Et licet non desint doctores qui responderint,
valere † testatoris præceptum, vt heredes sui ad tem- 50
pus maneant in communione & societate, veluti
Baldus *ad leg. 4. ff. de cond. instit.* Decius *consil. 441.* D.
Tib. Decianus *consil. 22. numer. 13. & seq. libro tertio.*
Ioann. Dilect. *de arte testandi. tit. 8. de variis testatorum*
præceptis. cautela 8. numero quarto. Hoc tamen intelligi
debet secundum legem quam allegant, nimirum se-
cundum tex. *in dict. leg. in hoc iudicio. §. si conueniat. ff.*
comm. diui. vbi I. C. dicit, pactum valere ne intra cer-
tum tempus diuidatur, quando id ipsius rei qualita-
ti prodest.

Sed in hac specie nostra stantibus iis quæ narran-
tur, & late in consilio deducuntur, & non videmus
quo pacto prodesse possit sociis continuatio in tali
societate, & sub istis pactis respectu administrato-
ris, quæ notissimos huius contractus terminos & re-
gulas excedit, neque iuri consentanea est, quantum
ad supradictas pactiones & conditiones administra-
tionis prædictæ.

Præclare enim Imperator *in §. disponat. in auth. de*
nuptiis. disponat, inquit, testator de rebus suis prout
dignum est, & erit lex voluntas eius. Secus ergo si
non disposuerit sicut dignum est, sed contra ius &
leges quia non valet dispositio. Nemo enim potest
facere, quo minus leges habeant locum in suo testa-
mento *leg. nemo potest. de leg. 1.*

Itaque concludimus in hac tertia quæstione,
quod cum nemo heredem suum obligare possit, vt
in societate maneat, multo minus obligari possunt
filii & heredes dominorum Fuggerorum, vt in eius-
modi societate sub pactis & conditionibus dictæ ad-
ministrationis permanere debeãt, quæ iuris & æqui-
tatis regulas excedunt.

Quarta quæstio proponitur ex quibus causis ad-
ministrator à sua administratione deponendus, &
priuandus, vel etiam contra eum excipiendum sit.

Et nobis in primis probatur illa propositio, quæ
in consilio adfertur, quod licet administrator ratio-
nes reddere non teneatur & ea facere quæ ad reddi-
tionem rationum pertinent; dolum tamen, & latam
culpã, quæ dolo comparatur, præstare oportere. Itaq;
si quid faciat vel omittat in detrimentũ societatis, ex
quo talis dolus vel culpa præsumi possit, tenetur re-
spondere & rationem reddere, quinimo ab admi-
nistratione sua cadit.

Primum probatur *in leg. 6. ff. de admin. tut.* vbi Iu-
lianus. Quidam decedens, filiis suis dederat tutores

& adiecerat. Eosque aneclogistos esse volo, & ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere, quamuis testamento comprehensum sit, vt alogistæ essent. *& in l. non solum. §. si heres. & in l. si quis rationes. ff. de lib. legata.* vbi Vlpianus si quis rationes exigere vetetur, vt est sæpissime rescriptum, non impeditur reliqua exigere: & si quid dolo fecerit, qui rationes gessit.

Et in l. Aurelio. §. Caius. ff. eod. tit. ibi. *Modestinus respondit, si quid dolo curatores fecerunt, &c. eo nomine eos conueniri posse. Et in l. si seruus vetitus. de leg. 1.* ibi. *si seruus vetitus est a testatore rationes reddere, non hoc consequitur, ne id quod apud ipsum sit reddat & lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat*, hoc est, vt negligentiæ ratio non habeatur, sed tantum fraudum.

Idem probatur ea ratione, quia dolus futurus
53 remitti † non potest. *l. si vnus. § illud. ff. de pactis.* ideo remissus non intelligitur: & ita docent omnes communiter doctores quos superius attulimus in prima quæstione, ac præ aliis optime Crauetta post alios *consilio* 193. *numero nono.* & ibi Stracca *in additionib.* Couuar. *libro secundo variar resolut. cap. decimo quarto. numero tertio.* Menochius *de præsumptionib. lib. 4. præsumpt.* 164. *n.* 1.

Quod autem propter dolum & latam culpam administrator cadat ab administratione sua, probatur primo exemplo tutorum & curatorum, qui ex iis causis ab administratione remouentur, *vt patet ex toto titul. ff. & C. de suspectis tutoribus & curatorib. & in Institutionib. eodem titul. §. suspectus. & §. nouissime.*

Est enim hoc iuri consentaneum, vt qui in of-
54 ficio suo † male se gerit, sit ab eo remouendus. *l. carceri. ff. de custodia & exhib. reor.* ibi *ob negligentiam remouendus est ab officio. l. victim. ff. vbi pupp. educari debeat. l. si quos. C. de off. pref. prætoriorum orientis & illyrici. l. 2. in fine. & c. cum ad monasterium. de statu monachorum l. si aliquid C. de susceptor. libro decimo. l. iudices. C. de dignitatib. libro decimo.* Ludouicus Romanus *in consilio* 467. *in fine.* Menochius *de arbitr. iud. quæstion. 55. numero septimo.* Decius *in c. vt nostrum. numero quarto. de appella.* Et de notario, milite, equite, & doctore, in eorum officio delinquentibus, quod sint priuandi, allegatur Capicius *decis.* 121. tradunt Franciscus Marcus *decis.* 390. *num.* 2. *&* 654. Capella Tholosana. *decis.* 370. *& ib.* Aufrerius *in addit. late alios citans.* Prosper Farinacius *quæstionum crimin. libro pri-*
55 *mo. quæst* 19. *nu.* 41. & quod administrator † abutens administratione debeat ea priuari. probari potest etiam *arg. l. 3. C. de procurato.* vt notanter tradit Palatios Ruuios. *in c per vestras de dona. inter vir. & vxor. §. 17. num. 2. & late in §. 18.* sicut dicimus de priuilegio, quod qui eo abutitur, meretur illud perdere. *c. priuilegium 11 quæst. 3. c. tuarum. de priuileg.* Et hoc inquit non solum, quando iam dissipauit bona, sed etiam quando suspicio est, quod in futurum dissipabit, *per tex. in l. Imperatores. §. vlt. ff. de appell. & per alia multa.*

Dolum autem administratoris recte in consilio
56 dictum est probari primum † ex eo, quod redditus societatis, qui ad ipsius manum perueniunt relati non sunt in libros societatis, sed vel dolo malo vel latissima culpa omissi. Ita respondit Socinus senior *in consilio* 159. *numero tertio. libro secundo. & melius in consilio* 90. *numero secundo. eodem lib.* vbi adducit *l. dolus. ff. mandati* & alias leges & authoritates refert & sequitur Rolandus à Valle *in consilio* 49. *num.* 55. *libr.* 1. Mascardus *de probationibus. vol. 1. concl. 531. num. 67.*

Secundo dolus colligitur quando in libris rationum omnia ordine † clare & cum debitis circum- 57
stantiis scripta non sunt. Et ideo in litem iurari posse contra talem administratorem censuerunt Bartol. *ad l. tutor qui repertorium. num. 22. de administrat. tutor.* Socinus senior *cons.* 2 3. *post num.* 3. *libro secundo.* Socinus iunior *in cons.* 148. *num. quinto. libro primo.* Menochius *de arbitr. iud. casu* 208. *num.* 19. Mascardus *loco proxime citato. num.* 68.

Tertio recte dicitur, dolum præsumi, quando ratio societatis esset inæqualis, nomina exigibilia inter nomina † mala relata, & quod decem florenos va- 58
leret, quatuor vel quinque æstimaretur: item ex aliis causis expressis in consilio, ex quibus appareret iuxta prudentum opinionem magnum damnũ contingere posse societati.

Præsumitur enim dolus in administratore, qui aliquid facit ad incommodum eius, cuius bona administrat Crauetta *in consilio* 142. *num.* 15. *allegat l. dolum. l. si procuratorem. §. dolo. ff mand. & alias leges & authoritates*, quemadmodum &, cum † quis aliter arbi- 59
tratur quam oporteat, dicitur in dolo: vt tradit Bartolus *ad l. societatem. § arbitriorum. ff. pro socio. num.* 24. *& in l. vlt. ad finem. ff. de prætoriis stipul.* Mascardus alios citans *loco proxime citato. num.* 169.

Ex his igitur causis recte concluditur in consilio, administratorem ferendum non esse, sed potius deponendum ac priuandum officio administrationis, sicut alii officiales, qui eorum muneri non satisfaciunt, quod nos supra legibus & doctorum authoritatibus confirmauimus: & de quarta quæstione hactenus.

Quinta nobis restat quæstio expedienda, de qua nihil specialiter in consilio differtur, sed nos de ea nominatim rogati sumus, Si lis ista non posset pacifice transigi, cum D. Ioannes petat interim dum in ordinario processu cognoscitur & iure deciditur se conseruari in possessione, vel quasi suæ administrationis. Quæritur an iure id petere videatur, & fieri ac concedi debeat?

Videbatur prima fronte respondendum, id fieri debere, & iure peti, quoniam lite pendente † nihil 60
innouandum est, nec sua cuiquam possessio auferenda. *toto tit. ff. ac Cod. in Decretalib. & in 6. & in Clem. vt lite pendente nihil innouetur.* & idem est etiam accusatione vel inquisitione pendente. *c. olim. & ibi not. et Gl. in verb. post inceptum iud. de accusa.* Hinc iure constitutum est, pendente † accusatione non debere ac- 61
cusato auferri bonorum suorum administrationem. *l. aufertur. §. in reatu. ff. de iure fisci.* imo nec administrationem bonorum alterius puta tutori administratio bonorum pupilli. *l. reo. l. quamuis. §. 1. ff. de solutio.*

Et notat Aufrerius *in add. ad Capellam Tholosanam.* 370. accusatione pendente non debere quem priuari administratione officii sui, adducens tex. *in c. nonne. 8. quæst. 4.* Et quod pendente lite non debeat quis priuari † commodo suæ possessionis diserte do- 62
cet summus Pontifex *in cap. primo. vt lite pend. cum c. significante. de appella.* latissime adductis authoritatibus Gabrielius *libro quinto commun. conclus. titul. de acquir. poss. ff. conclus. sexta. in principio* vbi ampliat id procedere etiamsi possessio sit contra ius, puta ex aliquo priuilegio *adducens tex. in capit. cum persona. de priuilegiis. libro sexto.* Hinc autem responsum est, quod si mota lis fuerit super nullitate & inualiditate

alicuius

alicuius concordiæ & transactionis, interim pendente iudicio alteram partem muare se posse tali transactione, ita respondit Io. de Amicis *cons.* 150.

Verum iis & simil. non obstantib. contrarium deciditur nimirum D. Ioannem pendente lite ista, manere non posse in administratione, sed illi interdicendum esse interim, donec lis pendet, vel aliquem adiunctū dandū esse. Pro cuius sententiæ confirmatione hoc in facto præmittimus, quod ex responso Consiliarii nostri & informatione nobis data colligimus, nimirum domini Ioan administrationem attendendis maxime conditionibus & qualitatibus, sub quibus illam exercet, non leuibus de causis sed grauissimis suspectam esse aliis dominis sociis. Ita vero 63 iure constitutum est, vt pendente lite super † administratione quę suspecta dicitur, interim administratio interdici debeat, donec lis & causa cognita fuerit ac decisa. *leg. cum quem C.d. suspectis tutorib. l. quod si forte. §. 1. D. de solutio. §. si quis autem. inst. de susp. tuto.* notat Bartolus *in leg. l. b. item. §. in quæstionibus. D. ad municip.* late & præclare Afflictus *decis.* 357. isti loquuntur de tutore & curatore.

Idem de aliis officialibus, quod pendente lite siue accusatione, super iis, quæ in officio gessit officialis, 64 interdicta sit ei † administratio, responderunt Capella Tholosana *decis.* 370 Franciscus Marcus *decis.* 634. Lancellotus *de attentatu. c. 4. declar. 4. nu. 28 & 34. & cap. 5 n 19.*

65 Idem & de iudicibus quod pendente lite, † siue syndicata, interdicatur eis administratio, respondit late Grammaticus *consil.* 10. & Lancellotus *loco proxime citato.*

66 Denique idem & de prælatis † constitutum videtur, vt si suspecti sint, interim donec causa agitur, abstinere debeant ab administratione, *cap. venerabili. de offi. deleg. cap. vlt. de attentat. cap. licet Heli. §. quia vero. de simonia c. quia. ca. 3 q. 2.*

Si ergo ita in omnibus aliis administratoribus constitutum & receptum est, nihil proponi posse videtur, cur non idem circa d. Dom. Ioannem societatis administratorem respondendum sit.

Secundum argumentum est, quia secundum ea, quæ proponuntur & in consilio deducuntur, periculum est in casu isto nō leue, ne oriantur rixæ, scandala, & contentiones inter partes, quibus publica pax & tranquillitas ciuitatis turbetur, & tam Illustris familia periclitetur: Etenim reliqui domini Fuggeri vtriusque lineæ, nunquam concesserunt Domino Ioanni prætensam ab eo possessionem administrationis, sed contradixerunt semper: & ideo potest ac debet magistratus in hoc casu ad euitanda scandala prouidere, ne interim Dn. Ioannes maneat in dicta administratione. Potest enim magistratus ac debet possessionem ad se auocare ad tollenda scandala: Ergo poterit etiam inhibere ac interdicere D. Ioanni administrationem, & ita prouidere, vt nihil detrimenti societas patiatur, donec lis fuerit decisa. Magistratum ad tollenda † ac vitanda scandala possessi- 67 onem ad se auocare posse ac debere, communi doctorum sententia receptum est; vt præter eos quos supra citauimus tradit Herculanus *de cautione d. non offendendo. cap. 2 num.* 15. Petrus Benintendus *decis. Bononiensis Rota* 73. Lancellotus ita limitans regulam iuris, qua dicitur, possessorem non posse lite pendente priuari sua possessione, *de attentatu. cap. 4. declar. 4. numero* 37.

Tertium argumentum est, quia quod dicitur, pos- 68 sessorem lite pendente † non esse priuandum sua possessione, intelligendum est, dummodo vtatur sua possessione sine præiudicio litis & partis, ita declarat Ripa post Cardinalem & alios *in c. cum M. num.* 193 *de constit.*

Sed ex his quæ nobis in facto proponuntur, cum magno præiudicio partis continuaret Dn. Ioannes lite pendente suam administrationem & præterea reliqui domini socii de suo litigare deberent tanquā in aresto essent, interimque suis portionibus carere: quod certe nobis contra æquitatē ac rationem pugnare videtur.

Postremum argumentum est, quia, vt iam à nobis supra responsum ac deductum est, pacta quibus eidem Dn. Ioanni administratio concessa est, ac tota illa quam sibi asserit potestas, iure non consistit, ex causis superius allegatis consequenter possessio administrationis ita qualificatę nullum iustum titulum & causam habet: Ergo illius ratio habenda esse non videtur *leg. improba. Cod. de acq. poss.* Hinc dicimus possessorem non esse conseruandum in sua possessione ex interdicto vti possidetis, quoties manifestum est, eum iniuste possidere Menochius *de retinen. rem. 3. numer* 692. Et generaliter quod improbat † & vitio- 69 sa possessio non habeat aliquod iuris adminiculum aut iuris effectum, tradunt Socinus senior *consil.* 67. *num* 10. *lib.* 3. Decius *cons.* 477. *num.* 17. Romanus *cons.* 499. *num.* 7.

Ex his putamus iuri consentaneum esse, vt pendente lite administratio interdicatur D. Ioanni vel certe † adiungantur ei aliqui ex sociis in administra- 70 tione iuxta Bartoli doctrinam *in l. quod si forte. §. sunt quidam. num. 5. ff. de solutio.* quod quando administrator est coniuncta persona, debeat illi adiunctus dari *ex l. si tutor. ff. de suspe. tuto.*

Non obstant in contrarium adducta, quia fatemur hanc esse iuris regulam, vt pendente lite nihil innouetur, & possessor commodo suæ possessionis non priuetur: sed ab hac regula dicimus excipiendos esse casus istos, quos adduximus superius: nimirum quando lis pendet cum administratore: quando periculum est scandali: quando possessionis continuatio infert præiudicium liti & parti: & quando possessio est vitiosa & non legitima, vt patet ex superius deductis.

Hæc habuimus quæ in præsenti causa diceremus, quæ pro iustitia & nostri muneris debito requisiti, ad sedandas lites & controuersias, & concordiam transactionemque promouendam in Illustri ac nobilissima familia, citra cuiusq; iniuriam dicta esse volumus ac protestamur.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Nobili Germano.

ARGVMENTVM CONSILII XXXIX.

De foro competenti ratione contractus & destinatæ solutionis.

SVMMARIA.

1 *Debitor potest conueniri in loco contractus & destinata solutionis.*

2 *Quod procedit etiam in clericis.*

3 *Forum quis sortitur ratione contractus & fit missio in possessionem bonorum qua ibi sunt.*
4 *Iudex cognoscere debet an sua sit iurisdictio.*
5 *Promissio sub fide aequiparatur iuramento.*
6 *Iuramentum praecise obligat ad factum.*
7 *Consuetudo valet, vt clerici in realibus conueniantur coram laico si legitime sit praescripta.*
8 *Forum sortiri & statuto ligari sunt paria.*
9 *Quae sit praxis in hac materia.*

Christi nomine inuocato.

LECTA & discussa facti specie nobis proposita, animaduertimus, illud in quæstionem vocari, vtrum Titius & Mæuius rei, & possessores castri C. exceptiones suas declinatorias fori B. iure fundare possint, an vero Dominus dicti territorii B. competentibus remediis ipsos ad comparendum subeundumq; iudicium adigere valeat.

Ad hanc igitur quæstionem respondemus, dominum dicti territorii B. iure compellere eos posse ad respondendum, subeundumque iudicium, nec iure subsistere eorundem reorum declinatorias fori exceptiones. Quæ autem in hanc sententiam nos impellunt, tria sunt potissimum argumenta.

Primum, quia vt ex facti specie constat, nō solum cōtractus celebratus est in dicto territorio B. verum etiā in eodem loco precium soluere, certis cōuentis temporib. dicti fratres ac rei promiserunt. Atqui certum & exploratū est, cum quis soluere promisit debitam pecuniæ quantitatem in certo loco & certo tempore, & si in eo loco non inueniatur, ibidem ta-
1 men † conueniri posse, ad eumque locum remissionem faciendam esse, certum est igitur & exploratum memoratos fratres & debitores in dicto territorio B. conueniri posse, ad eumq; locum ex loco sui domicilii eos remittēdos esse, vt scilicet ibidem vel per se vel per procuratorē respondeant, & cōueniantur, causaq; & iudicium cum ipsis agitetur.

Illa minor propositio probatur, quoniam hæc est communis doctorum sententia, ea ratione deducta, quod talis contrahens dolose fraudulenterq; agere videatur, si tempore constituto & conuento debitam pecuniæ quantitatem in loco destinato nō soluat, vt proinde vel pro præsente sit habendus, quemadmodum is qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, vel remittendus sit ad talem locum: ita omnium primus docuit Innocentius *in cap. si aduersarius. de eo qui mittitur in possessionem.* quem postea secuti sunt Baldus *in cap. 1. num. 9. de milite vasallo qui contumax est.* Decius *in cap. 1. de iudiciis. post nu. 23. vers. quarto non procedit.* Alciatus *ibidem num. 33. vers. fallit etiam ista conclusio.* Ioannes Franciscus Ripa *num. 66. vers. quarto limitatur.* & Augustinus Berous *num. 195.* Iason *in leg. si conuenerit. nu. 42. ff. de iurisd. omn. iudicum.* & alii quos refert & sequitur Didac. Couar. *practicarum quaest. c. 10. n. 6. vers. 13. idem erit.*

Et hæc traditio locum habet etiam respectu cleri-
2 ci, licet enim clerici non possint † alienæ iurisdictioni se subiicere sine sui superioris assensu, *vt in ca. postulasti. de foro competenti.* hoc tamen nihil obstat, quia in proposito casu, nō tam ex proprio consensu clericus se subiicit alienæ iurisdictioni, quam ex legis authoritate quæ vult ipsum in loco contractus, ac destinatæ solutionis forum sortiri, *textus celebris in c. dilecti. de foro competenti.* & tradunt Ioannes Franciscus Ripa *in dict. cap. 1. num. 67. de iudiciis.* & alii quos refert & sequitur Didacus Couar. *d. c. 10. practicarum quaestinum. post nu. 5. vers. Nono ex proxime traditis.*

Secundum argumentum est, quia dicti fratres Titius & Mæuius castrum emptum & reliqua bona empta possident in dicto territorio B. vt narratur in themate proposito. Indubitati vero iuris est, eum qui in loco contraxit licet in eo non reperiatur, citari tamen posse authoritate magistratus eiusdem loci, & si citatus † comparere contemnat, missionem in possessionem bonorum quæ in eodem loco habet 3
fieri posse, *tex. iuris canonici clarus & expressus in c. Romana. § cōtrahentes. de foro competenti.* & ibi notant omnes interpretes Ioan. Andreæ, Petrus Ancharanus, Antonius Butrius, Dominicus de S. Geminiano & alii, est tex. etiam iuris ciuilis licet non ita expressus *in leg. Titium. §. tutores. ff. de administr. tut.* & ibi Bart. notat. Idem Bartolus, Castrensis, & alii, præsertim autē Iacobus à S. Georgio *in leg. heres absens. § 1. num. 10. ff. de iudiciis.*

In præsenti tamen specie, quoniam dicti fratres rei, exceptiones declinatorias opponunt, vt themate narratur, non putamus ad missionem in possessionem bonorum procedi posse, nisi prius dominus vel magistratus dicti territorii B. pronunciauerit se iudicem competentem, quia secundum communem opinionem quoties negatur qualitas quæ tribuit iurisdictionem, & opponitur exceptio declinatoria iurisdictionis, debet iudex † ante omnia cognoscere 4
& pronunciare an sua sit iurisdictio, vt tradit Alex. citans textus & doctores *in cons. 1. num. 10. lib. 5. & in l. ex quacunque. num. 16. ff. si quis in ius vocatus non ierit. &c.* Itaque præmissa dicta cognitione & pronunciatione, si rei citati comparere negligant ac respondere, sequi poterit in possessionem missio de qua in dictis legibus.

Tertium argumentum est, quia in facto præsupponimus, contrahentes sub fide nobilitatis promisisse conuenta & promissa obseruare, vt communiter fit in Germania. Id si factum est inde argumentū suppetit, quia talis promissio † sub fide, iuramento 5
æquipollet *vt ex cap. ad aures. de his quæ vi metusue causa &c. & ex ca. peruenit. de fideiussorib. & ex ca. querelam. ne prelati vices suas.* tradunt Glo. Abbas & Felynus *in cap. querelam. de iureiur.* & alii, quos refert & sequitur Andreas Gaill. *libr. 2. cap. 59.* vbi testatur in Camera ita seruari.

Sed vbi quis soluere promisit debitam pecuniæ quantitatem in certo loco iuramento adiecto, potest ibi conueniri & ad eum locum est remittendus, vt ibi conueniatur. Hæc est communis doctorum sententia ex eo potissimum deducta, quod iuramentum omnino sit seruandum, & præcise † obliget ad 6
factum, ita Angelus *in leg. heres absens. §. 1. ff. de iudiciis.* Ludouicus Romanus *singulari 283. regula.* Iason *in l. 1. num. 2. vers. limita. ff. de eo quod certo loco* alios refert & sequitur Didacus Couar. *pract. q. cap. 10. num 6.* Quibus adiungimus Seraphinū Senensem *in tract. de priuilegiis iuramenti. priuilegio 105.*

His obstare non putamus, quod vnus ex præfatis emptoribus sit clericus; quia supponimus in dicto territorio B. ex consuetudine legitime præscripta clericos in huiusmodi litibus pecuniariis præsertim causa & occasione rerū quas in sæpe dicto territorio possident emergentibus, conueniri posse † coram 7
Principe siue laico magistratu dicti territorii, quam quidem consuetudinem aliquid posse censemus ad limitandam ac aliquo pacto restringendam clericorum exemptionem, quia nullum dedecus, iniuria,

aut

aut graue damnum ex ea clericis inferri intelligimus ex traditis per Didacum Couar. late de ea re differentem & docte *practicar.q.c.31.n.5.*

Nec in præsenti specie putamus clericum emptorem & reum excipere posse, se ea consuetudine non ligari cum ex dicto territorio non sit oriundus, quoniam cum ratione contractus in dicto territorio celebrati, & ibidem destinatæ solutionis, forū ibidem sortiatur, vt iam probauimus, obstringitur quoque legibus statutis & consuetudinibus, quæ sunt in eo territorio & loco, ex communi & vulgata regula, fo-
8 rum † sortiri & statutis ligari paria sunt, *c. quod clerici. de foro competenti.* late And. Geil. *lib.2.practicar.obseruat. cap.35.n.5.& 6.*

Et cum eiusmodi consuetudo iudiciariū ordinem ac processum respiciat, proculdubio etiam clericos ligat. Decius ex communi sententia *in c. quæ in ecclesiarum.n.42. de constitutionib.*

9 Denique in hoc negotio quis sit † vsus & quæ sint remedia iuris competentia doctores tradunt *in d. ca. Romana. §.contrahentes. de foro competent. & in d. l. heres absens §.1.ff. de iud.* Didac. Couar. *pract. q. ca.10. & aliis in locu per doctores.*

Ita iuris esse putamus saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus ex voto etiam Clariss. D. Lagi Ingolstadii.

Pro D. Io. Maria de Carsidoniis.

ARGVMENTVM CONSILII XL.

Vtrum nomina debitorum sint comprehensa in substitutione vniuersali facta verbis directis.

SVMMARIA.

1 *Substitutio est fideicommissaria quando testator digressus est ad plures gradus substitutorum & vsus est verbis denotantibus tractum temporis futuri licet vsus fuerit verbis directis.*
2 *Idem quando substituit nondum natos.*
3 *Substitutio directa obliquatur licet ab initio potuerit valere iure directo.*
4 *Præsertim si in testamēto adiecta sit clausula codicillaris.*
5 *Verbum, succedat, est commune.*
6 *Idem quod supra nu.3.*
7 *Verbum, instituo & substituo, quid importat.*
8 *Fideicommissarius est heres.*
9 *Non tamen proprie.*
10 *Fideicommisso vniuersali veniunt nomina debitorum.*
11 *Quæ restitui debeant exacta fideicommissario.*
12 *Heres grauatus fideicommisso tenetur conficere inuentarium bonorum ad instantiam fideicommissarii.*
13 *Et etiam cautionem præstare.*
14 *Prohibitio alienationis in certis reb. importat fideicommissum in omnibus, vbi ratio est generalis.*
15 *Verba substitutionis* & post eum *quid importent.*
19 *Parisius cons.25.n.73 lib.2. perpenditur.*

Christi nomine inuocato.

PETIT D. Nicolaus de Carsidoniis declarari se nō teneri ad faciendum inuentarium de creditis D. Ioannis de Carsidoniis testatoris, dictaq; credita eiusdem libera esse, nulliq; subiecta oneri fideicommissi, vt ex libello ipsius apparet.

Contra opponit pro suo interesse D. Io. Maria de dictis Carsidoniis, petens atq; contendens, dicta credita subiecta esse fideicommisso & d. D. Nicolaum teneri ad conficiendum de his inuentarium, & ad ea restituenda eueniente casu fideicommissi.

Quæritur quid iuris: Ego viso testamento Dn. Io. de Carsidoniis, viso quoq; processu, & iis q̄ docte ac subtiliter deducta sunt per Clariss. & Excell. D. Iaco. Titium, existimo pronunciandum esse secundum ea quæ petit D. Ioan. Maria, & sic condemnandum d. D. Nicolaum ad conficiendum inuentarium de dictis creditis, & pronunciandum ea subiecta esse fideicommisso, prout in testamento d. D. Ioannis.

Prius conclusionem meam probabo atq; confirmabo: Deinde argumenta in contrarium allata refellam ac refutabo.

Quod igitur d. D. Nicolaus tenebatur inuentarium facere, de dictis creditis, & quod dicta credita fideicommisso subiecta sint probatur.

Primo quia testator fecit plures gradus † substitutionū per verba denotantia tractum futuri temporis. 1
Instituit enim D. Nicolaum, & post eum eius lineam masculinā, & finita linea masculina fœmininam, & istis finitis & extinctis succedere voluit d. Io. Mariā, & post eum lineam eius masculinam, deinde ea finita voluit succedere fœmininam: & demū Monasterium S. Crucis. At quis in istis terminis etiamsi testator vsus fuerit verbis directis, prout est verbū *instituo*, nihilominus substitutio intelligitur esse fideicōmissaria, nō aūt vulgaris tantū. Dec. *in cons.431. per totum.* Curt iun. *in cons.48. per totum.* qui consuluerunt in eadem causa & loquūtur præcise vbi testator instituit filios masculos, & post eos filios eorum masculos, & istos refert & sequitur Marzarius *de fideicomm.q.12.* & nouissime Peregrin. *de fideicom. arti.18.n.14.* Et quamuis *ibi n.15.* idē Peregrin secus sentiat, quando verba testatoris sunt directa, ciuilia, & in istis terminis dicat posse defendi Albā. *cons.29.* qui contrariū respondit.

Aduerti tamen ego Peregrin. *d.n.15.* non loqui, vbi sunt plures substitutionū gradus per verba tractum temporis denotantia, sicut supra locutus fuerat: Sed loquitur quando testator simpliciter instituit filium & post eum eius filios, quod considerauit Alba. *in d. cons.29.n.6.* perpendens in casu suo testatorē non vocasse omnes descendētes, sed duntaxat duos gradus scilicet nepotes & pronepotes, & sic quod substitutio facta fuit in casu necessitatis, secundum consilium Galli iuxta Bartol & alios *in l. Gallus. §. quidam recte. de lib. & posth* & consequenter nihil obstat conclusioni meæ Nam quæ habentur *in d. l. Gallus. §. quidam recte.* non procedunt quando sunt apposita verba denotantia tractum temporis in futurū, quæ notabilis est declaratio vt dicebat Curt. iun. *d. cons.48.n.4.*

Et hoc primum argumentum rem vt mihi videtur satis claram & perspicuam reddit pro D. Io. Maria.

Secundo hæc conclusio probatur, quia, in proposito casu substituti sunt † descendentes in infinitum, 2
qui nondum erant nati: ergo id non potest intelligi per vulgarem tantū, sed debet intelligi per fideicōmissariam substitutionē, licet facta fuerit per verba directa Bald. *cons.305. lib.3.* Crau. *cons.12. n.6.* multos alios in hanc sententiam citat Peregrin. *d. artic.18. nu.5.*

Et licet non desint qui facientes vim in verbis directis cōtrarium asseuerent, tamē istorum sententia minime sequenda est. Nam illo nititur fundamento quod directa substitutio trahi non possit ad fideicōmissum, quoties à principio potuit iure directo valere puta in vim vulgaris. Hoc fundamentū non est firmū, quia verior & cōmunior & æquior est contraria sententia, q̄ scilicet † directa substitutio obliquetur, 3
quanquam valere potuerit ab initio iure directo, sicuti latissime rē disputando & authores ac iura adducendo firmat Illustr. D. Mantica *de coniect. vlt. volun. lib.7 tit.3.n.4 & seq.*

Tertio

Tertio confirmatur conclusio. Nam licet magna sit, cótrouersia inter doctores, an directa substitutio 4 trahi possit ad fideicommissariã † in terminis de quibus nunc agitur, tamen vbi est in testamento adiecta clausula codicillaris, vt in casu nostro, substitutio directa valet iure fideicommissi, *argum. leg. Scæuola. ad Treb.* Socin. sen. *cons.* 12. *num.* 16. *libr.* 3. cum eo Ruin. *cons.* 74. *num.* 13. *lib.* 2. D. Decianus *in cons.* 84. *num.* 9. *libr.* 3. Et in puncto eandem clausulam ad hunc effectũ ponderarunt Dec. & Curt. iun. *locis allegatis in primo argumento*. quos refert & sequitur Crauetta *in cons.* 21. *num.* 8. vbi alios adducit, & inter cætera dicit Decium, qui aliis in responsis cótrarium voluit, præsupponere, quod substitutio sit vulgaris, & sic constet de voluntate testatoris quod voluerit directo substituere: tunc enim clausula codicillaris nihil operatur, quia repugnat voluntas aperta testatoris, secus inquit Crauetta, & ego cũ illo, secus, inq̃, in casu nostro, vbi non fuit facta vulgaris vel pupillaris substitutio, sed quædam incerta & vaga substitutio, quam doctores interpretantur directam, sed hæc interpretatio cessat, quando in testamento adest clausula codicillaris, per quam apparet testatorem voluisse omnia per eum disposita valere iure fideicommissi, deficiente iure directo.

Quarto aduertendum est in casu nostro, quia versatur omnino extra omnem difficultatem. Nam testator vsus est quidem in principio verbis directis, sed dum substituit Dn. Io. Mariam, vsus est verbis communibus sic dicens, *& finita la linea masculina di detto, Nicolo succeder volse detto Gio. Maria &c.* Verbum 5 succedere † est commune, aptum importare tam directam quam obliquam substitutionem Ripa *in leg. Centurio. nu.* 192. *de vulg.* Socinus iunior *ibidem n.* 340. vbi dicit doctores transire cum hac sententia, & de communi testatur Couar. *in c. Raynutius. §. 9. num. 5. de testam.*

At quoties testator vtitur verbis communibus, (exemplũ doctores afferunt de verbo *substituo*, quod commune est, ideoque & in casu nostro idem dicendum cum verbum *succedat* sit commune) tunc si fiat substitutio per plures gradus, & per verba tractum temporis importantia, vt in casu nostro, substitutio valet quoque in vim fideicommissariæ: vt respondit Beretta *cons.* 33. vbi dicit maxime hoc procedere, si in 6 testamento † fuerit posita clausula codicillaris, & eũ sequitur & hanc sententiam veram esse probat, licet clausula codicillaris apposita non fuerit, Peregrinus *d. artic.* 18. *n.* 12. *vers. retento.*

Quinto pro huius conclusionis confirmatione considero verba illa institutionis & substitutionis videlicet, *In tutti gli altri suoi beni &c. heredi vniuersali fece & esser volse & di sua propria bocca nominò Nicolo &c. & doppo lui &c.* id est, in omnibus aliis bonis heredem vniuersalem fecit, esse voluit & suo proprio ore nominauit Nicolaum, &c.

Hæc verba respectu Nicolai important directam 7 institutionem: respectu † autẽ aliorũ important substitutionem per fideicommissum, sicut in simili respondit Ruinus *in cons.* 174. *numer.* 15. *lib.* 2. cum dixit quod vbi in persona vnius & eiusdem substituti, cócurrit verbum *instituo & substituo*, tunc vnum importat directam institutionem, alterum vero fideicommissariam substitutionem.

Cófirmatur quia illa verba *herede fece & esser volse & nomino. (id est, heredem facio, esse volo & nomino)* non re-8 pugnant fideicommissariæ substitutioni cum † fideicommissarius dicatur heres *l. 1. C. quando & quib. quarta pars debea. lib.* 10. *l. si filiusfam. §. si filio. ff. quod cum eo.* D. Mantica *de coniect. vlt. volun. lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 6. Peregrinus *de fideicommis. artic.* 32. *n.* 72.

Non ignoro fideicómissarium proprie heredem non esse, & ideo in materia pœnali † aut statutaria ac stricte interpretanda non venire appellatione heredis, ex traditis per Tiraq. *in tract. le mort sai sit. parte* 2. *decl.* 10. Sed hic versamur in testamentaria dispositione, in qua verba latius accipienda sunt, vt voluntas testatoris conseruetur *l. in testamentis. de reg. iur.* & ideo appellatione heredis etiam fideicommissarius continetur, vt concludunt doctores proxime citati in dispositione testamentaria. 9

Cum igitur ex prædictis pateat fideicommissum adesse vniuersale, omnium bonorum & iurium, non est dubium, quin etiam comprehendantur † in eo 10 huiusmodi credita siue nomina debitorum *vt in Instit. de sing. reb. per fideic. relic. in parte.* Marzarius alios citans *de fideicomm. parte* 2. *quæst.* 5. & hoc non habet dubium.

Consequenter eueniente casu fideicommissi, restitutio fieri debet sicut aliarum rerum in fideicommisso comprehensarum, & signanter de nominibus exactis, † quod restituenda sint fideicommissario. 11 Mantica *de coniect. vlt. volunt. libro* 7. *tit.* 6. *num.* 2.

Et ad instantiam fideicommissarii heres grauatus conficere debet † inuentarium de bonis subiectis fideicommisso vt latissime citatis iuribus tradit Peregrin. *de fideicomm. art.* 35 *n* 25. 12

Et etiam † cautionem præstare idoneam de fidei-13 commisso præstando Peregrin *artic.* 40. *n.* 10.

Non omitto vnũ quod dum hæc scriberem notaui apud Soc. sen *in cons.* 249. *incip. materia præsentis consultationis sub n.* 26. *vers. Quarto eadem ratione lib.* 2. quem refert & sequitur Soc. iun. *in cons.* 130. *ad fin. lib.* 1. scribit Socin. ex prohibitione alienationis super certis bonis inducere censeri fideicómissum super omnibus bonis, quando adiecta est ratio generalis, quia voluit bona ad successores peruenire.

Idem igitur & in casu nostro dicendum videtur, quoniam post speciale prohibitioně alienationis adiecta sunt hęc verba generalia, *Perche vuole che tali beni cosi di presente suoi come quelli da comprarsi vadano nelle persone sopra chiamate &c.* Hæc. n. verba indefinita sunt, & omnia bona continere videntur, sicut considerat Socin. *vbi supra* consequenter fideicommissum important in omnib bonis.

Istis ita constitutis restat vt argumenta in contrarium allata confutentur.

Primum itaq; dicitur D. Nicolaum non esse grauatum per substitutionem fideicommissariam, quia fuit institutus heres, & post eum eius linea, quæ est vulgaris substitutio, vt in terminis de instituto sub his verbis *post eum* tradit Ruin *cons.* 99. *n.* 10. *&* 12. *li.* 2.

Respondeo Ruinum in casu nostro fundari, quia substitutio ex dispositis in testamento erat restricta ad casum vulgaris, ita in terminis respondet Peregr. *de fideicomm. art.* 18. *n.* 14.

Quæ responsio verissima mihi sane videtur. Nam Ruinus allegatus fatetur verba illa, *& post eam.* sua natura posse dici generalia, & comprehendere casum etiam post aditam hereditatem, sed declarari in casu suo & intelligi, per sequentia verba restrictiua, ad vulgarem substitutionem.

Sed in casu nostro non ita se res habet, imo per sequẽtia verba quę continent tractũ futuri tẽporis, & plures gradus substitutionum, & præsertim per illud verbum *succedat*, quod est verbum commune,

& pro

& pro alia superius considerata, non solum non restringitur ad vulgarem tantum illa substitutio, sed manifeste ampliatur, vt fideicõmissum inducat, aut certe suam naturam retineat, illa verba, *& post eum*, vt etiam casum contineant aditæ hereditatis, & sic fideicommissum, non autem vulgarem tantum.

Secundo dicitur plures gradus substitutionũ subordinatos, nõ efficere, quo minus substitutio restringatur ad casum vnũ vulgaris tantum. Respondeo verius esse quod stante pluriũ graduum substitutionis ordinatione, vt in casu nostro, substitutio restringi non potest ad vulgarem tantum, sicut bene probant in terminis Curt. iun. *d. cons.* 48. & Dec. *d. cons.* 431. *cum aliis supra relatis in primo argumento, vt videri poterit.*

Quam ob rem cessant illæ generales regulæ, quæ adferuntur, à verbis claris recedendum nõ esse, quod testator non expressit voluisse fideicommissum continere onus & grauamen, deficiente vno gradu substitutionum, à quo cæteri pendent, alios gradus exspirare, & similia: quia hæc nõ percutiunt casum nostrum. Cum enim habeamus decisiones in terminis optimis rationibus munitas, quas longum esset huc adferre cum apud auctores citatos videri possint, nõ videtur opus immorari in generalibus illis regulis.

Tertio negat Clariss. D. Aduocatus, clausulam codicillarem inducere posse fideicommissum in casu nostro, quia ex ea non ampliatur dispositio, & operatur circa solennitatem deficientem, non autem inducit fideicõmissum aduersus mentem & verba seu præter dispositionẽ testatoris, & quia nihil talis clausula operatur, quando testatoris dispositio effectum sortitur in casu expresso.

Respondeo hæc esse generalia, quæ suis in casibus locum habere possunt: verum ad rem nostram non recte applicari, quandoquidẽ in terminis nostris habemus decisiones speciales, quod clausula codicillaris importat fideicommissum, vt supra deduxi in tertio argumento.

Quarto adfertur alia principalis ratio, dato quod subsit fideicommissum & tacita prohibitio ex eo resultans alienationis, tamen testator disponendo de nominibus & creditis, exactionem & solutionẽ concedere dicitur, quæ est ipsius nominis alienatio, & hæc specialis concessio alienationis præualere debet generali prohibitioni resultanti ex tacita voluntate testatoris fideicommisso rem subiicientis. Præsertim cum non mandauerit huiusmodi pecunias ex nominibus redactas inuestiri, sicut fecit de aliis rebus, hoc est, de pecuniis &c.

Respondeo ista nihil obstare, quia nunc non agitur an dicta credita possint exigi & solui, sed an inuẽtariari debeant, & an veniant in restitutione fideicommissi.

Argumentum adductum probat posse exigi & solui, sed non probat quod non sint comprehensa sub fideicommisso, & in restitutione eius veniant.

Tacita ergo prohibitio alienationis quæ à lege inducitur, ex cõiectura voluntatis testatoris, quantum ad nomina ista attinet, nõ impedit exactionem, sed alienationem, hoc est, consumptionem pecuniarum exactarum ex dictis nominibus, & creditis, quæ fieret in præiudicium fideicommissarii *l. 3. §. sed quia nostra C. comm. de lega.*

Potest ergo D. Nicolaus exigere, sed tenetur in inuentarium ponere & restituere eueniente casu fideicommissi pecunias exactas, & ita pronunciandum mihi videtur.

16 Non obstat Parisius † *in cons. 25. nu. 73. & 78. lib. 1.* quẽ refert & sequitur D. Decian. *in cons. 44. n. 84. lib. 1.* & Petra *de fideic. q. 1 n.* 17. dum scribunt res bona fide consumptas per heredem grauatum non venire in restitutionem fideicommissi.

Namq; vt omittam ea quæ aduersus Parisium scribit Marzari. *de fideic. q.* 5. ad quem se refert Menoch. *in præsump. lib. 4 præsump. 197. n. 3.*

Non faciunt ad rem nostram, quia isti Dd. de reb. bona fide consumptis disserunt, quia non hic est iudicium institutũ super consumptione, an scilicet hęres grauatus bona vel mala fide cõsumpserit aliquid ex dictis pecuniis, nec super hoc lis est cõtestata, nec sententia de his est ferenda.

Sed lis vertitur an nomina debitorum sint libera à fideicõmisso, & ideo libere de his disponere posset D. Nicolaus, nec teneatur de his cõficere inuentariũ.

Et respondendum est ex prædictis, nõ esse libera sed fideicommisso subiecta, & ideo inuentarianda.

Postquam fuerit super hoc pronunciatum & casus euenerit substitutionis, si erunt bona fide cõsumptæ pecuniæ, tunc de hoc erit agẽdum. Sed quomodo bona fide consumi poterunt ab hærede grauato, qui scit se teneri ad restitutionem fideicommissario *l. 3. §. sed quia nostra. C. comm. de lega.*

Et ex his puto recte firmatam esse conclusionem in fauorem D. Io. Mariæ, & recte consutata argumẽta in contrarium, saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegit.

Pro Guerucio de Gueruciis.

ARGVMENTVM CONSILII XLI.

De testibus variis & periuris: de blasphemia hæreticali, & pœna eius, & quomodo probetur.

SVMMARIA.

1 *Testibus variis non creditur.*
2 *Nec periuris etiam in tortura.*
3 *Etiam in criminibus exceptis.* (*lib. 6.*
4 *Sed hoc limitatur in cap. accusatus. §. licet. de hæreticis.*
5 *Testes õni exceptione maiores requirũtur in criminalib.*
6 *Præsumptiones ad condemnandum sufficiunt in crimine* (*hæresis.*
7 *Testis vnicus non probat.*
8 *Testis de auditu auditus non probat.*
9 *Testes non probant, quorum repelluntur authores.*
10 *Hæreticum haberi aliquem non probatur ex testibus dicentib. aliquem publice haberi pro hæretico, & idem de blasphematore.*
11 *Bona fama probatio elidit contrarias præsumptiones.*
12 *Hæresis suspicio quando oriatur ex blasphemia hæreticali.*
13 *Tortura senibus inferri nequit.*
14 *Pœna corporali locus non est, vbi damnatur quis ex præsumptionibus.*
15 *Pœna blasphemiæ.*

Christi nomine & auxilio implorato.

HVIVS causæ D. Guerucii de Gueruciis in carceribus detenti & inquisiti de blasphemia hæreticali, & aliis recta definitio videtur mihi pendere ex sequentibus quæstionib. Prima, an ex testib. in processu examinatis præfatus inquisitus videatur esse conuictus de blasphemia illa hæreticali.

Secunda an sit conuictus de aliis blasphemiis in specie Tertia an sit conuictus in genere quod sit publicus blasphemator.

Quarta

Quarta an ex processu informatiuo resultet aliqua suspicio de hęresi contra inquisitum.

Quinta an sit de iure absoluendus, vel aliqua pœna condemnandus.

Quod attinet ad primam videtur mihi non esse conuictus de dicta blasphemia hęreticali, quia de ea tantum deponunt tres testes, & ex iis duo sunt varii & inconstantes. Primo enim examinati dixerunt se nihil scire, postmodum de dicta blasphemia deposuerunt. Testibus autem qui sunt † varii non creditur,
1 *leg. qui falso vel varie. ff. de testibus leg. eos. ff. ad leg Cor. de fals.* Ratio est, quia sunt periuri, iurarunt enim dicere veritatem, & postea non dixerunt, sine iusta causa erroris alicuius in continenti correcti *iux. c. praeterea de testib. cogendu.* Tales igitur testes nihil ꝓbant,
2 *c. sicut nobis. c. testimonium de testib.* licet † in tortura esset factum, vt late responderunt Rolandus à Valle *cons. 16. lib. 1.* D. Cæphalus *cons. 253. & seq.* Quod procedit
3 etiam in † criminibus exceptis veluti hæresis Simoniæ, & similibus, vt docet Mascardus *de probationibus. vol. 3. concl.* 1360. *num.* 4. quod ego intelligo nisi concurrant † ea quæ habentur *in c. accusatus. § licet. de hæreticis lib. 6.*
4

Vnus igitur restat testis qui non est varius, sed vnius testimonium non sufficit. *cap. licet. cap. in omni negocio. de testibus.* Nec potest iungi cum aliis, quia non sunt omni exceptione maiores, vt patet. Et ad con-
5 uincendum † in criminalibus requiruntur testes omni exceptione maiores, vt declarat Bossius *titul. de conuictu. n.* 15. Clarus. *§ fi. q. 66. vers. debeat.* Mascard. *de probatio. vol. 3. concl.* 1360. *n.* 4.

Non obstat si dicatur in crimine hęresis indicia &
6 præsumptiones sufficere † ad condemnandum, ex communi sententia, de qua per Clarum § *hæresis. vers. habet etiam.* Quia hic non sumus in crimine hęresis, sed blasphemiæ. Et licet ex blasphemia hęreticali oriatur suspicio de hęresi, tamen id cessat in casu nostro, vt inferius ostendetur.

Et etiam in crimine hęresis valet ista exceptio cõtra testes, quod sint periuri, vt supra dictum est ex Mascardo *d. concl.* 1360. *num.* 4. & hæc de prima quæstione.

Quod attinet ad secundam, respondeo, ex processu informatiuo non esse conuictum hunc inquisitum de aliis blasphemiis in specie. Nam tres sunt blasphemiæ, quarum mentio fit in depositionibus testium: prima quod in septimana sancta dixerit, *non mi vogl o confessar, Christo non ti voglio in corpo*, id est, *Nolo confiteri, nec etiam Christum in corpore meo habere.*

7 De hac blasphemia primus † tantum testis deponit, qui cum sit vnicus non probat *l. iurisiurand. C. de testibus. c. licet. eod. tit.* Præsertim cum patiatur etiam supradictam exceptionem periurii, varietatis & incõstantiæ.

Altera blasphemia est quod præfatus inquisitus, cum ei fuisset combusta quædam sepes, dixerit se cõtentum fuisse animam suam diabolo dare, si sciret, quis eam combussisset.

De hac blasphemia deponunt duo testes. Vnus de auditu auditus. Alter de auditu proprio.

8 Primus testis de auditu † auditus nõ probat *iuxta* Glo. & doct. *in c. preterea. de testib. cogend.* Mascard. *de proba. vol. 3. concl.* 1161.

Sed hic multo minus, quia audiuit ab alio teste qui variauit in depositione: primo dicens, se nihil scire, postea contraria deponens: quare si iste non probat
9 à quo audiuit ob variationem & † inconstantiam, multo minus is, qui ex eo audiuit *arg. c. licet. de testib.*

Secundus itaq; testis de auditu proprio nõ probat, vt dixi, quia varius fuit & periurus.

Tertia blasphemia est de inuocatione Diaboli & Christi, & clamore, cur Christus nõ irasceretur, cum inquisito fuisset hortus incisus.

Hæc non probatur nisi per vnum testem, consequenter non plene. *ca. licet. de testib. cum aliis concordantibus.*

Sequitur tertia quæstio an sit conuictus, quod sit publicus blasphemator. Respondeo, cõuictum non esse Primo quia testes hoc deponentes fuerunt varii & periuri, vt iam superius dictum est, & consequenter eorum testimonium nihil valet.

Secundo quia non sufficit testes deponere aliquẽ haberi pro publico blasphematore. ad hoc, vt probetur talem esse, sicuti ad probandum aliquem esse 10
hęreticum, non sufficit testes deponere aliquem haberi & reputari pro hęretico publice, sicut præclare ostendit Crau. *in cons.* 162 *n.* 5.

Tertio quia inquisitus pro se habet quinq; testes deponentes de ipsius bona vita & fama, non solum in genere, verum etiam in specie. Solet autem bonæ famæ † probatio elidere contraria indicia & suspiciones, vt per Alexand. *consi. 89 libro tertio* Clar. *de communi. § fi quæst* 60. *num.* 25 Hippol. Riminal. *cons.* 190. *num.* 1. *lib.* 3. 11

Ad quartam quæstionẽ quod attinet, respondeo nullam oriri suspicionem hæresis aduersus hunc inquisitum his argumentis.

Primum, quia licet ex hæreticali blasphemia oriri soleat hęresis suspicio, tamẽ hæc hęreticalis blasphemia in casu nostro probata non est plene & sufficienter, vt ex iam dictis patet.

Secundo quia ex blasphemia hæreticali tunc oritur suspicio hæresis. † cum probatur eam serio & appensate probatam fuisse, vt declarat Arnaldus Albertus *d. ag. ofic. en. assertionib. cath. quæst.* 27 *num.* 8. & Farinacius alios citans *tit. de delictis & pœnis quæst.* 20. *num.* 37. 12

Hæc autem qualitas quod scilicet inquisitus serio & appensate protulerit hanc blasphemiam non est in processu probata.

Tertio quia vt iam dixi probata est bona fama & vita inquisiti, quæ probatio omnem contrariam suspicionem elidit. præsertim vero, quia testes deposuerunt inquisitum esse virum probum, timentem Dei, & viuentem Christianè. & piè audientem quotidie Missam, & amantem esse pacis & boni publici.

Restat quinta & vltima quæstio, in qua videtur mihi aut certe absoluendus inquisitus aut leuissima pœna condemnandus, quæ nullo modo corporis afflictiua sit.

Moueor quod sit absoluendus ex eo, quia crimen non est probatum. *leg. qui accusare. Cod. de edend.*

Nec dicatur subiiciendum esse torturæ, quia † ætas ipsius id non patitur ad tradita per Viuium *comm. opin. vers. senex ætatu.* Clarus § *fin. q.* 64. *vers. non etiam debet.* 13

Quod vero, si condemnandus sit, non possit esse locus pœnæ corporis afflictiuæ, probatur primo quia crimen hic non est probatum plene, & cum aliquis damnatur ex præsumptionibus, † nunquam est locus pœnæ corporali, vt tradit Innocen *in c. quia verisimile. numer.* 2 *de præsumpt.* Marsilius *de comm. fid. in facientis in l.* 1. *§ Diuus. ff. ad l. Corn. de Sica.* Clarus § *fi. q.* 20, *vers. scias tamen.* 14

Secundo id probatur, quia siue inspiciamus *c.* 2. *de maled.*

maled. siue Leonis X. constitutionem ex concilio Lateranensi, siue alia iura canonica, non est locus pœnæ corporali pro blasphemia, sed tantum pœnitentiali vel † pecuniariæ, vel simili, vt videre licet ex
15 Menochio *de arbitrariis iudicum. casu* 375. & Farinacio *quæst.* 20. *num.* 43. & 64. in quibus locis isti etiam docent pœnam mortis iure ciuili in blasphemos constitutam consuetudine abolitam esse, & ab aula recessisse, eiusq; loco subrogatas esse pœnas iure Pontificio inductas, & alias arbitrio iudicis.

Non obstat si dicatur in concilio Lateranensi sancitum esse, si vltra duas vices publice blasphemus deprehensus fuerit, mitra infami per integrum diem ante fores Ecclesiæ stare cogendum. Quia non est probatum in processu informatiuo, inquisitū hunc deprehensum publice fuisse blasphemum vltra duas vices: siquidem ex testibus in processu examinatis nulla concludens probatio oritur, vt ex dictis patet.

Ita iuris esse saluo meliori iudicio existimo ego Andreas Fachineus I. C. & in Pisano Gymnasio Professor ordinarius iuris Cæsarei horis pomeridianis.

Fuit missus in exilium ad tempus breue per sententiam R. P. M. Lælii Medices Placentini Inquisitoris hæreticæ prauitatis & Theologiæ Professoris celeberrimi ex consilio congregationis, cui & ipse interfui.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine collegii.

Pro Matrona Florentina.

ARGVMENTVM CONSILII XLII.

Agitur de separatione thori ob mariti sæuitiam, & de alimentis & sumptibus litis vxori, pendente lite, à marito suppeditādis.

SVMMARIA.

Christi nomine inuocato.

VIso processu causæ vertentis inter N. agentem ad restitutionē & repetitionem vxoris suæ, pro cohabitatione cum ea ex vna parte, & dictam vxorem excipientem de sæuitia dicti sui viri, ac propterea recusantem ad illum redire & cum eo habitare ex altera. Visis quoque attestationibus factis ad probandam dictam sæuitiam, nec non sententia lata per Reuerendum Dominum Vicarium Florentinum, quatenus sub cautione de non offendendo, sub pœna trecentorum aureorum, debeat prædicta vxor redire ad cohabitandum cum viro suo, à qua sententiā fuit appellatum ad Illustrissimum & Reuerendissimum D. nuncium Apostolicum, & consultus ad respondendum de iure, an partes D. iudicis ad quem, sint, in confirmando dictam sententiam, an vero potius in reuocando, & pronunciando bene appellatum & male iudicatum. Videbatur prima fronte respondendum bene iudicatum fuisse per dictum Reuerendum D. iudicem à quo, & male appellatum pro parte dictæ vxoris.

Primo quia vbi timor huiusmodi sæuitiæ allegatur ab vxore contra † virum suum, tunc per cautio- 1
nem de non offendendo remedium adhiberi debet. *c. ex transm ff. c. literas de restitut. spolia.* Alexand. *cons.* 78. *num. tertio & quarto, libro quinto.* Parisius *consilio* 54. *num.* 35. *libro quarto.* dicens quod si aliqua sæuitia timetur, illi cōsulitur per præstationem satisdationis à marito, refert & sequitur alios adducens Hippolit. Riminal. *cons.* 174. *num.* 12.

Secundo quia hæc materia sæuitiæ maritalis ob quam fieri debet separatio † thori, tota remittitur 2
iudicis arbitrio, vt scilicet ipse existimare debeat, an cautio sit præstanda, & an illa sufficiat pro securitate vxoris. Abbas *in d. c. literas. num.* 7. Menochius *de arbitrar. iud. casu* 129.

Cum igitur D. iudex fuerit arbitratus sufficere hoc in casu cautionem supradictam, videtur illi omnino acquiescendum, & sic bene fuisse iudicatum.

Tertio quia nullibi apparet D. Antonium fuisse monitum sub aliqua pœna, vel sub iuramento ne odium & crudelitatem exerceret erga suam vxorem, talis enim monitio præcedere † debet, vt fieri de- 3
beat separatio propter sæuitiam, vt tradit Parisius *d. cons.* 54. *num.* 40. *lib.* 4.

Quarto quia permissum est marito † suam vxo- 4
rem percutere. *l.* 1. *C. de emend. propinq.* Ideo ex verberibus mariti non dicitur probata erga suam vxorem sæuitia, sed correctio, Bald. *consil.* 176. *col.* 2. *lib. primo.* refert & sequitur Roland. à Valle. *consilio* 17. *numero decimo tertio, libro tertio.* Hippolit. Riminald. *cons.* 174. *num.* 52.

V Quin-

Quinto quia non videtur habenda esse ratio mi-
5 narum † de quibus testes deponunt, quoniam non
est probatum dictum Antonium solitum fuisse minas exequi. Parisius *d. cons. 54. nu. 32.* Natta *cons. 616. num. 4.* Rolan. *cons. 27. num. 20. lib. 3.*

Sexto quia causa ista separationis thori est grauis,
6 & ideo † requirit testes omni exceptione maiores,
nec sufficiunt testes singulares, quales videntur esse in præsenti casu. Parisius *dict. cons. 54. num. 14. 15. 16. 17. 18. & seqq.*

Septimo quia si quas iniurias ac malas tractatio-
7 nes à viro suo passa fuit D. Cosa, illas ad † animum
suum non reuocauit, sed dissimulatione aboleuit, simul habitando cum viro suo, ideo nō potest nunc obtinere separationem à suo viro, vt per Hippo. Riminald. *dicto cons. 174. num. 28.*

Sed istis non obstantibus existimo contrariā sententiam iuri & æquitati magis consentaneam; ac proinde non alias esse partes Domini iudicis ad quē, quam in pronunciando male fuisse iudicatum & bene appellatum, & petitam thori separationem esse fiendam ob notoriam sæuitiam dicti N. & simul eū esse cōdemnandum, ad præstandum alimenta sufficientia vxori suæ, ex quibus se sustentare possit extra domum mariti sui.

Pro cuius rei demonstratione præmitto illam notissimam & ab omnibus receptam conclusionem, quod si vir agat ad recuperandam vxorem suam, re-
8 pelli potest exceptione sæuitiæ † obiecta per vxorem, Ripa *in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 84. de acq. possess.* Menochius *de recup. remed. 1. n. 310.* fatetur Parisius *cons. 54. num. 12. lib. 4.* Treuisanus *decis. 45. lib. 1. num. 4.* & est tex. *in §. mitiores. in auth. de nupt. in l. consensu. C. de repud. in c. literas. & in c. ex transmissa. de restit. spoliato.*

Omnis difficultas consistit in ostendendo dictam sæuitiam N. talem ac tantam esse, vt per cautionem de non offendendo minime reddi possit tuta D. Cosa, & ideo deueniendum sit ad petitam separationē thori, non obstante dicta cautione.

Quod enim tanta possit esse viri sæuitia in vxorem suam, tanquam acerbum odium, vt separatio
9 facienda sit, nec per † cautionem prouideri possit,
testatur summus Pontifex *in d. c. litteras. de restit. spolia.* ibi. *Si vero tanta sit viri sæuitia, vt mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas prouideri, non solum non debet ei restitui, sed ab eo potius amoueri &c. & in dict. c. ex transmissa. eod. tit.* ibi. *si autem capitali odio ita mulierem vir prosequitur, quod merito de ipso diffidat alicui proba atque honestæ mulieri, &c.* D. Syluester Aldobrandin. *cons. 71. post prin. vbi late probat.*

Si igitur ostenderimus tale ac tantū esse odium & sæuitiam, pessimamque tractationem dicti N. erga vxorem suam, vt minime secura esse valeat, etiam cautione præstita, non erit dubitandum, quin deueniendum sit ad petitam thori separationem.

Ad hoc igitur ostendendum priusquam in iure proferam rationes & authoritates, præmitto hæc in facto probata esse per testes.

Primo, quod D. N. sit vir crudelis, bestialis, & diuersæ naturæ ab aliis hominibus.

Secundo, quod vxorē suam sæpissime verbis iniuriosis affecerit, appellando illam absque vlla prorsus causa (quippe cum sit honestissima matrona, & id fateantur omnes) putana, porca, poltiona, bestiauia, & similia.

Tertio, quod sæpissime illi mortem comminatus fuerit absque vlla similiter causa.

Quarto, quod illam voluerit semel forficibus interficere.

Quinto, quod extra fenestrā voluerit illam proiicere vt occideretur.

Sexto, quod ipse N. vltimo loco eam à se eiecerit sine vlla culpa, ex sola animi crudelitate, & furore, dicens, vt abiret, periculum enim fore ne illam occideret.

Hæc ita esse in facto ex attestationibus euidenter constat.

Primus testis *fol 9. Il detto N. diceua sempre à madonna N. sua moglie parolauie bruttißime, &c. eslui volte gli dißer particularmente due volte à tauola se io trouano la camera aperta sta notte io capitano a male & questo tiene lo dicesse perche era matto è perche haueua intentione d' amazzare detta sua moglie, e sempre la minacciaua di cendoli tutti i vituperij: che si possono dire, à vna donna & sino vecchiaccia porca piglia antizzone cuà fatti sfondere.*

Et rursus *fol. 10. à tergo: detto N. è huomo crudele, bestiale & peruerso, & hà fatto stranezze insupportabili a detta madonna N. sua moglie, & detta testimonia tiene, che non potesa viuer secura con detto suo marito della vita:* & reddit causam, dicens quod vesperi antequam illam expelleret è domo sua, dixit illi iniurias, *tutti i vitupery che si poßino mai due minacciando la di volerla amazzare.*

Et testis est mulier, quæ fuit ancilla, & omnia vidit & audiuit.

Secundus testis *fol. 18.* postquam deposuit de fera & bestiali natura dicti N. narrat semel accidisse, *quando portaua il buccato che detto N. tempestaua la detta madonna N. sua moglie & l' haueua abbracciata per getterla fuori d' una fenestra & detta testimonia corse con due serue che erano in casa & l' abbracciano eglie cauorno dalle mani & il popolo tutto sentendo questo rumore corse à vedere.*

Et paulo post, *detto N. prese una volta un paio di forfice per sgozzarla.*

Tertius testis *fol. 25. gli vidde dietro il domino N. suo marito quale gli voleua dare per quanto potette comprendere & di piu lo diceua anco con la lingua.*

Quartus testis *fol. 30. che tornando d' ordine di detto domino N. à chiamari fratelli di madonna N. perche non la voleua piu in casa domino N. gli ando con le pugna insul viso di cendoli manigolda porca che farai tu hora e che dirai & il tempo che è stata in detta casa à seruir gli, hà sempre sentito il domino N. usare simili parole alla detta madonna N. & vsar li mille stranezze di cendoli puttana & simile altre parolanie.*

Et rursus *fol. 31. che andò a chiamare il fratello di madonna N. che venisse per lu per che il detto N. non la voleua piu in casa & cosi andata & venuto il detto suo fratello che domino N. diße rimenatele à casa per che noi capiteremmo male ò l' vno ò l' altro.*

Quintus testis *fol. 35. che detto N. huomo bestiale, e grida quasi sempre.* & fol. 36. *che detto N. si fa mal volere per far continui rumori e gridar di giorno e di notte con grande incommodo & infelicita de vicini e per le stranezze, che fa alla donna sua moglie la quale è una donna honoratißima.*

Sextus testis *fol. 40. che s' è trouato presente quando madonna N. & domino N. hanno hauuto dispiacere insieme e fra l' altre in casa nell' eßere a tauola sentij dire à*

detto

detto N. à madonna N. ſua moglie eſcimo di caſa vaccaccia puttanaccia & altre ſimili parole infame. Et di piu l' hà minacciata per voler li dare e di piu ſapere che poi che ella ſ' è partita il detto N. alla preſenza di detto teſtimonio & delle ſerue diſſe, ſe la ci torna piu io la voglio caſtigare.

Et fol. 41. à tergo: *che detto N. è huomo beſtiale & un poco troppo.*

Septimus teſtis fol. 44. à tergo. *che hà una lingua doloroſa, crudele, con parole ingiurioſiſſime & mi marauiglio come madonna N. ſua moglie habbia hauuta tanta patienza, & che ſi può demandar crudeliſſimo, per le ſtranezze è brutte parole che continuamente gli hà detto.*

Et fol. 45. *gli diſſero queſto è un huomo rotto e dice vacca e putana e poltrone & poltronaccia alla moglie, come ſe fuſſe donna publica.*

Et inferius à tergo. *Ci ſono ſtate delle notte che con un baſtone in mano andaua picciando il muro & ſopra la camera doue ſtaua madonna N. facendo tanto gran rumore che la ſua famiglia non poteua dormire e ſtaua tutta notte leuata.*

Et fol. 46. à tergo. *Eſſendo ſtato alla pudica di un predicator Spagnolo che hauero ripreſo molto i vicij delle donne detto N. entrato in caſa durò tre giorni continui a inquietare e trauagliare detta ſua moglie di cendoli parole ingiurioſiſſime.*

Et fol. 47. *che tiene ſi a ſtato da giouane e da vecchio di mala razza.*

Et fol. 48. *diſſe ſapere per eſſer ſtato dicinoue anni continui vicino a muro commune di detto N. & hauer viſto far le ſtranezza e crudelta a detta madonna N. ſua moglie.*

Octauus teſtis fol. 52. *che detto N. ha dato a detta madonna N. ſua moglie una volta con le pugna & un altra volta con le baſtone e ſe non ſi ſerraua in vna camera forſi gli faceua maggior diſpiacere.*

Vltimus teſtis fol. 57. *Si trouò preſente à veder il detto N. e madonna N. hauer parole inſieme & venero a tale che detto N. l' haueua preſa per le braccia e gliene ſtorceua a dicendo li domino N. l' è veſtra moglie non fate egli riſpoſe laſſiatemi fare e gli diceua furfantaccia manigoldaccia io ti voglio amazzare & ſ' è trouata per altri tempi à veder gli dare mustaccioni & un pugno & una volta preſe un coltello per voler gli dare egli corſe dietro ma non la guinſe per che ſi ſerrò in camera.*

Hæc ſunt quæ teſtes deponunt qui factis præſentes interfuerunt, vicini, famuli, coloni, & nullam patientes legitimam exceptionem.

Nunc videamus an ſtantibus iſtis depoſitionibus de natura hominis huius peruerſa, de tot iniuriis, verberibus, minis de occidendo, conatibus quoque de eam occidendo, expulſionibus & peſſimis tractationibus, ſitne credendum D. N. fore tutam ſub cautione, ſi ad virum ſuum reuertatur.

Ego certe exiſtimo pro mera veritate & iuſtitia minime tutam fore.

Primo ex iis quæ tradit Baldus *in conſilio 240. libro tertio.* vbi quaſi cauſam hanc noſtram in manibus haberet, reſpondit, mulierem non teneri ad
10 virum ſuum redire etiam ſub † cautione, ne libidinum & ſæuitiarum & crudelitatum ſeruo, infelix mulier non gubernanda, ſed laceranda committatur, & omnium eſſe ſtolidiſſimum, committere ſe capitali inimico. Et quis eſt, inquit Baldus, in tanto diſcrimine ſecurus interuentor aut idoneus fideiuſſor?

Porro inquit, iſta non priuauit virum, ſed vir ſpoliauit toties eam expellendo, & iſte eſt præciſe caſus noſter. Namque D. N. non diſceſſit ſponte, ſed eam ſæpe N. eiecit & vltima vice ſignanter, ideo nunquam eſt reuerſa, nec reuerti tenetur ad hominem tam crudelem, quique eam capitali odio proſequitur.

Secundo ex traditis per Crauettam *in conſilio 31.* vbi refert & ſequitur ſententiam Baldi & adducit Bellameram. *conſ. 16.* dicens ſi ad rationem ſolam naturalem ſpectare velimus, cuius recti iudicis arbitrio viſum fuerit par eſſe vxorem cum viro ſuo agere oportere, quo cum inimicitias & odium capitale exercet?

Tertio ex traditis per Hieronymum Gabriel.
conſilio 161. numero octauo. vbi dicit † ad ſeparatio- 11
nem ſatis eſſe odium huiuſmodi, vt putari poſſit tuto commorari vxorem cum viro ſuo non poſſe, etiamſi caueat, *ex c. ex tranſmiſſa. de reſt. ſpol. & not. in c. 1. de diuor.* vbi Præpo. *in fine* quod vero odium huiuſmodi ſit ſtari arbitrio iudicis.

Quis autem non arbitrabitur odium eſſe maximum & capitale, ex iis, quæ teſtes deponunt, & à nobis ſuperius relata, & nunc non repetenda ſunt,
cum ſit communis doctorum † ſententia ex ſolis mi- 12
nis de occidendo probari odium capitale, vt docuit Glo. *in l. licet. in verſ. capitales. de arbitr.* Alexand. *conſilio decimo quarto. numero quarto, libro tertio.* & alii quos refert & ſequitur Maſcardus *de probationib. volum. 2. concluſ. 898. numero decimo quarto. & ibidem numero vigeſimo quarto.* adductis authoritatibus, probat ex verbis iniurioſis probari inimicitiam capitalem. Quod autem verba iniurioſa dicta ſunt ab Antonio huic vxori ſuæ, & tã turpia, patet luculenter ex relatis teſtium depoſitionibus, & in terminis noſtris, quod ex minis de occidendo & iniuriis verbalibus odium capitale præſumatur, ad ſeparationem faciendam. D. Sylueſter Aldobrand. *dicto conſilio 71. numero decimo ſeptimo & decimo octauo.*

Quarto ex iis quæ tradit Didacus Couuar. *de ſponſalib. parte 2. cap. 7. §. 5. in prin.* vbi *numero ſecundo* ſcri-
bit, non tantũ † conſiderandam eſſe in præſenti ca- 13
ſu malæ tractationis præteritam ſæuitiam, ſed etiam timorem futuræ, vt ſeparationi ſit locus, & dat exemplum *ex dicto conſilio Crauetta* 31. quando inter virum & vxorem fuit lis ſuper maiori parte bonorum, tunc enim coniectura ſæuitiæ futuræ ſumi poteſt, inſpecta qualitate perſonarum, vt ibi per eam.

Quod ſi ſola lis ſuper bonis tanti timoris eſt cauſa, quantum excitare debet in caſu noſtro timorẽ futuræ ſæuitiæ natura ſæua hominis, & ſigna tam euidentia odii maximi & capitalis, qua ſuam vxorem proſequitur.

Imo & lis quæ in præſenti vertitur inter eum & vxorem, in qua deuentum fuit ad hæc horrenda hominis facinora detegenda? & tam ab vxore in iudicio illi obiecta & probata ſunt?

Quinto moueor ex doctr. Abbatis *in c. literas. in vltimo not. numero ſeptimo. de reſtit. ſpol.* vbi ſcribit vxorem non eſſe marito reſtituendam, ſi non poteſt
cum eo tuto † morari abſque periculo perſonæ, nec 14
remedio cautionis poteſt ſufficienter prouideri: quinimo hanc eſſe cauſam ſufficientem remouendi eam ab illo, & ſeparandi matrimonium quoad thorum, idemque eſſe in marito reſpectu vxoris, vt ſi inſidiatur vitæ mariti, & tentauit eam perde-

re veneno, neque poteſt veriſimiliter frænari.

Refert & ſequitur Geratdus *ſing. 65.* & multi alii, quos ſequitur Couuar. *loco proxime citato. numero ſecundo.*

Sed in præſenti caſu ex atteſtationibus patet N. non ſemel ſed ſæpius voluiſſe vxorem ſuam occidere, ergo ſeparatio thori omnino eſt facienda, nec res committenda videtur cautionis fragilitati.

Sexto moueor, quia iuſta eſt cauſa ſeparatio-
15 nis thori, cum vir atrociter † verberauit vxorem ſuam ſine cauſa. *§. mitiores. in authent. de nupt. l. conſenſu. C. de repud.* fatetur Pariſius *conſilio 54. numero duodecimo. libro quarto.* Treuiſan. *dicta deciſ. 45. numero ſeptimo.* vbi refert Bald. dicentem quod mulier verberata iniuſte, poteſt peti alimenta extra domum viri, & hoc vere dixit Baldus *in leg. prima. num. 9. verſic. tertio dubitatur. C. de legatis.* quod mulier verberata iniuſte poteſt fugere extra domum viri, & debet alimentari extra domum mariti.

Septimo adduco concluſionem Dominorum auditorum apud D. Treuiſanum *dicta deciſione* vbi in fine dicit dominos concluſiſſe, in hac materia
16 attendi debere † cauſam & non cauſatum, & ideo ſi vir culpa ſua odio proſequitur vxorem ſuam, non eſſe audiendum agentem ad reſtitutionem præſtita cautione, ſecus ſi culpa vxoris & ille exceſſerit modum in ea corrigenda, quia tenetur fideiubere de exceſſu.

At in præſenti caſu nemo non videt omnem culpam reſidere in marito iſto, & eius crudeli natura, non autem in muliere honeſta & proba, ergo non debet iſte audiri etiam cum cautione.

Octauo ex notatis, per Ioan. And. *in c. primo de diuort.* vbi ſcribit ſi magnum eſt odium inter con-
17 iuges, & timetur mors, præſertim ſi † tentauit aliquid alter contra alterum in necem ipſius, iudex poterit eos ab inuicem ſeparare, & ſimultanea habitatione priuare, ſequitur Dionyſius de Franciſcis *inter conſilia matrimonialia libro primo. conſilio 58. colum. 3.*

Sed hic ſæpe tentauit vir occidere vxorem ſuam, modo forficibus, modo proiiciendo extra feneſtram, & aliis modis. Igitur facienda eſt thori ſeparatio.

Poſtremo moueor pro hac ſententia, nemini dubium eſſe poteſt, quod ſi certum eſſet D. N. viro ſuo reſtitutam in futurum fore tractandam eodem modo ſicut in præteritum tot iniuriis afficiendam, tot verberibus, minis, toties in vitæ periculum coniiciendam, ſicut antea fuit, non eſſet vllo modo reſtituenda viro ſuo, ſed ſeparanda.

18 Atqui ex ante acta vita viri ſui † oritur præſumptio in futurum, quia ſemel malus ſemper præſumitur malus, in eodem genere mali. *c. ſemel malus. de regul. iuris. libro ſexto.* Hinc Vlpianus *in leg. ſi cui. §. iiſdem. de accuſationib.* ait ille, qui ſemel calumniatus eſt, in futurum præſumitur calumniari. *& in leg. non omnes. §. à barbaris. de re militar.* ſi miles ſemel male ſe geſſit in militia, præſumitur quod & in futurum male ſe geret.

19 Et qui ſemel fidem non obſeruauit, præſumitur † quod nec in futurum obſeruabit, & ſemel periurus teneitur à iuramento præſtando. *c. paruuli. 22. quæſtione quinta. c. literas. de præſumpt.* Alciat. *reg. 2. præſumpt. 10.*

Præclare Cicero *in oratione ad ſenatum poſt reditum ſuum.* Neque enim poteſt quiſquam repente vita mutari aut natura conuerti, late Menochius *de præſumptionib. libro quinto. præſumpt. trigeſima ſecunda.* vbi *numero* 42. id procedere ait, etiam ſi quis de delicto pœnitentiam egerit, quando non ſemel ſed bis deliquit.

Cum itaque elapſis annis tam male & crudeliter ſe cum vxore ſua N. iſte geſſerit, prout deponunt teſtes, credendum eſt idem etiam facturum tempore futuro, ſi ad eum vxor ſua reuertatur.

Nec enim is, qui tam prauum & crudele ingenium habet, & qui matrimonii ſacramentum ita contempſit, vt patet ex prædictis ob timorem pœnæ trecentorum aureorum abſtinebit ab eiuſmodi vitio, cum ſit ſatis diues, & abſque onere filiorum, itaque vt bene dicebat Baldus, & alii ſupra dicti, non eſt hæc res committenda fideiuſſoribus, quia odium fuit capitale, & intollerabilis ſæuitia, quæ procul dubio ex præſente lite ſuſcepit augmentum.

Quibus ita conſtitutis, non eſt dubium, quin ſeparatione facta thori, inter dictos coniuges ob dictam ſæuitiam, vxor † extra domum viri ſui alen- 20
da ſit, & alimenta à viro ei ſuppeditanda ſint, vt concludit Crauetta *in dicto conſilio trigeſimo primo, circa finem*, vbi citat Paulum Caſtrenſ. & idem tradit Baldus *in dict. l. 1. C. de legatis, numero nono.* nec eſt vlla difficultas, quia cum vir non ſuſtineat onera matrimonii, debet vel dotem reſtituere, vel vxorem ſuam alere extra domum, cum ſua culpa cogatur extra domum habitare, & dos detur pro oneribus matrimonii ſuſtinendis tradit etiam Couuar. *de ſponſalib. parte ſecunda, capite ſeptimo. §. quinto. numero ſecundo.*

Quibus ſic ſtantibus non obſtant argumenta in contrarium allata. Nam ad primum quo dicebatur de remedio cautionis aduerſus ſæuitiam: reſpondeo illud remedium non habere locum, vbi odium eſt capitale, & agitur de periculo euidenti perſonæ, ſicut in caſu noſtro, per ea quæ dicta ſunt.

Ad ſecundum reſpondeo, iſtud eſſe quidem arbitrio iudicis commiſſum, ſed dico in propoſito noſtro iudicem non debuiſſe ſic arbitrari, ſed potius pronunciare ſeparationem eſſe faciendam per ſupradicta.

Ad tertium de monitione reſpondeo, ſententiam Pariſii, quod requiratur monitio, nullo iure probari, & ideo non eſſe ſequendam, vt in ſpecie reſpondit reprobando Pariſium Hieron. Gabriel. *d. conſ. 161. num. 6. & 7.*

Ad quartum reſpondeo, permiſſum eſſe marito moderate corrigere & verberare vxorem ex iuſta cauſa, non autem immoderate & ſine cauſa illam verberare, iniuriis & contumeliis afficere, mortem ei comminari, & tam crudeliter agere, ſicut iſte fecit, ad trad. per Treuiſan. *d. deciſ. 45. n. 6. cum aliis ſuperius adductis.*

Ad quintum reſp. imo habendam eſſe rationem minarum, ad arguendum odium capitale, & malam tractationem, cum ſine cauſa & ſine calore iracundiæ frequentiſſimæ fuerint, *vt ſupra deductum eſt*, licet ad arguendum aliquem occidiſſe non ſufficiant minæ, niſi ſolitus fuerit eas exequi.

Ad ſex-

Ad ſextum reſp. teſtes hic eſſe omni exceptione maiores, vicinos, & tales, qui ſcire potuerint, talia 21 quæ domi fiant. Et præſumuntur † conteſtes, præſertim dando alios in conteſtes, licet eos non nominent nec de eis recordētur, Cœpol. *conſ.5.n.9.* Marſil. *ſing.401.* Alex. *conſ.165 lib.4.* Burſatus *conſ.31.n.19.lib.1. & 88.n.11.eod.lib* D. Cæphal. *conſ.253.num.5.lib.1.*

Et dato quod eſſent ſingulares, tamen cum ſimus 22 in † actu reiterabili, ſingularitas non obſtat, ſua non noceret, quia tendunt omnes ad eundem finem probationis ſæuitiæ, Cornens qui de communi teſtatur *conſ.247.lib.2.* Burſat. *conſ.118 num.22.lib.1.* Crauetta *conſ.76.per totum.* Et in terminis quod teſtes ſingulares ſufficiant ad probandam ſæuitiá. Aldobrand. *vbi ſupra.n.27.28.& ſeq. & num.38.*

Ad ſeptimum reſpondeo, iniurias quidem diſſimulatione aboleri quoad hunc effectum, vt ceſſet actio iniuriarum, ſed hic non agitur de actione iniuriarum. Non enim illam intentat D. N. nec intentare poteſt, vt per Couuar. *dict. parte 2. cap.7. §. 5.* ſed agimur de iniuriis & malis tractationibus, de percuſſionibus & aliis intollerandis crudelitatibus, ad ingerendam ſæuitiam ipſius N. ad effectum ſeparationis thori, quo modo enim D. N. dici poteſt iſtas iniurias & crudelitates non reuocaſſe ad animum ſuum, ſi quotidie in ſuo cubiculo plorabat, vbi vix tuta erat a furore ſui viri, ſi fuit toties & nunc vltimo ab eo expulſa, totque contumeliis & minis de occidendo affecta, certe nullam video diſſimulationem illatarum iniuriarum, ac proinde concludo pronunciandum eſſe male fuiſſe iudicatum, per D. iudicem à quo, & bene fuiſſe appellatum per D. N. & infirmando dictam ſententiam pronunciandum eſſe D. N. agenti ad reſtitutionem vxoris ſuæ obſtare exceptionem ſæuitiæ obiectæ: & eundem eſſe condemnandum ad præſtanda ipſi D. N. congrua alimenta & neceſſaria omnia extra domum ſuam, apud ſuos vel in alio honeſto loco.

Quæritur præterea in eadem cauſa, an pendente lite ſuper cauſa appellationis, & donec lis fuerit deciſa teneatur N. dictæ vxori ſuæ alimenta & expenſas litis præſtare. In quo articulo breuiter reſpondeo, teneri, & peti poſſe huiuſmodi expenſas litis & alimenta, etiam coram magiſtratu laico: licet coram Nuncio Apoſtolico cauſa ipſa appellationis pendeat: & licet prima ſententia lata fuerit contra D. N. quæ omnia veriſſima eſſe ſic oſtendo.

23 Inprimis quod vxori litiganti † cum marito ſuo ſuppeditanda ſint ei alimenta & expenſæ litis per maritum communis eſt, & ab omnibus recepta concluſio Afflict. *deciſ. decima. & 152.* Guido Papæ *quæſt. 419. num. quarto.* Felin. *in c. ex parte. numero quarto. de attentationib.* Aſinius *in pract. iudic. §. 32. ampliatione 24.* Lancellotus *de attentatis. parte ſecunda. limitation. vndecima. numero vigeſimo, & ſeqq.* vbi ampliat procedere, licet vxor aliunde habeat bona ex quibus ſe alere poſſit. D. Cæphalus *conſ.127. per totum.* nouiſſime alios citans Surdus *tract. de alimentis. tit.1. quæſtione 18.*

Quod autem peti poſſint coram magiſtratu lai-24 co, non obſtante litis † pendentia coram iudice Apoſtolico decidit in terminis Afflict. *deciſ.152. vbi numero quarto* ſcribit, tam iudicem ſæcularem quam eccleſiaſticum poſſe prouidere de alimentis, quia hæc alimenta ſunt per maritum vxori præſtanda in omnem euentum, ſiue vincat, ſiue ſuccumbat in ipſa lite.

Difficultas eſt, an debeant hoc in caſu decerni cum aduerſus vxorem aliqua præſumptio eſſe videatur ex ſententia contra eam lata, *argum. l. ſi inſtituta. §. ſi de inofficioſo. ff. de inoff. teſtam.* vbi requirit ſententiam latam in fauorem eius, qui petit alimenta & ſumptus litis.

Dico tamen iſtud nequaquam in caſu noſtro obſtare. & pro huius ſententiæ comprobatione ſuppono id, quod in facto veriſſimum eſſe apparet, ex atteſtationibus, de quibus in actis, liquere, de bono ipſius mulieris iure in cauſa iſta appellationis, quod ſcilicet obtinere debeat ſeparationem thori à dicto ſuo marito ob eius intollerabilem ſæuitiam, & ſic apparere fuiſſe male iudicatum.

Hoc enim ſtante nemini dubium eſt, quin pro ipſa muliere magna ſit præſumptio, & conſequenter alimenta † ſunt ei decernenda & ſumptus litis, 25 Boſſius *tit. de alimentis vxori præſtandis. numero ſecundo.* ibi, *ſi etiam intelligo quod ſupra dixi de viro & vxore, & præſumptio eſt pro agente, ſi iam habuit ſententiam, item ſi iam ex teſtibus apparet ita ſſ, licet nondum iudicatum ſit.*

Idem voluit Alciatus *de præſumption. reg. 3. præſumption. nona. numero decimo.* ibi, *& ſufficeret præſumptio nedum oriens ex ſententia, ſed etiam quælibet alia, ſimilis de qua conſtaret iudici ſummarie,* refert & ſequitur D. Cæphalus *dicto conſilio 127. numero vndecimo verſ. ad tertium.* vbi ſcribit, ſatis eſſe dummodo ſummarie probetur vel colligitur, quod ad victoriam pertineat, & loquitur in caſu, quo vxor in priore iudicio ſuccubuit, ſicut in caſu noſtro.

Non obſtat † tex. *in dict. leg. ſi inſtituta. §. ſi de* 26 *inofficioſo* quia ſic communiter intelligitur, vt licet faciat præſumptionem ſententiæ latæ in fauorem agentis, idem tamen ſit, licet non ſit lata ſententia, vt per D. Cæphalum *vbi ſupra*, & melius omnibus declarat Illuſtriſſ. & Reuerendiſſ. D. meus Archiepiſcopus Piſanus, *in conſ. vnico. non procul ab initio, quod eſt in fine conſiliorum Oddi.*

Andreas Fachineus Piſis,
nomine collegii.

Pro Nobilibus de Cloſſen Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII XLIII.

De reſcindenda venditione ob quædam pacta non ſeruata.

SVMMARIA.

1 *Venditione perfecta non poteſt alter altero inuito ab ea recedere.*
2 *In contractibus nominatis non eſt locus pœnitentiæ ex eo quod vna pars non obſeruauit.*
3 *Venditio perfecta dicitur cum de re & precio conuenit.*
4 *Etiam ſi ſub conditione facta ſit, quæ pendeat.*
5 *Inſtrumentum non eſt de ſubſtantia contractus, ſed pertinet ad probationem rei geſtæ.*
6 *Difficultas debitorem non excuſat.*
7 *Et an mora?*
8 *Recedere non licet à contractu.*
9 *Pacta ſeruanda.*

10 *Vnius inclusio est alterius exclusio.*
11 *Cum aliqua probantur alia improbata censentur.*
12 *Obligatus alteri ad aliquid dandum vel faciendum, cogi potest ad faciendum illi instrumentum obligationis.*
13 *Quod mihi prodest & alteri non nocet, facile conceditur.*
14 *Quomodo intelligendum quod supra dictum est numero duodecimo.*
15 *Rei appellatio intelligitur de tota.*
16 *Pignus solet excedere quantitatem debitam.*
17 *Qualitas modificat dispositionem, & eam restringit.*
18 *Verba obscura contra venditorem interpretanda.*
19 *Æqualitas seruanda inter contrahentes.*
20 *Nemo potest cogi ad implendum contractum si altera pars non impleat.*
21 *Exceptio, tu non adimpleuisti, pro parte tua, &c. impedit litis ingressum, tanquam exceptio litis finitæ.*

Christi Redemptoris nostri præsidio humiliter implorato.

IN causa Nobilium Dominorum fratrū Wolphgangi, Friderici & Ioannis Vrbani de Clossen, super nonnullis punctis & quæstionibus, quæ ex actis ad nos transmissis oriuntur, responsum à nobis postulatur, quod ex antiquo collegii nostri more, prout iustitiæ nobis consentaneum videbitur, libenter impertiemur.

Primum ergo illud quæritur. Cum Dominus emptor ex imprudentia magis, quam ex eo quod bona empta magnopere desideraret, ea cum maximo sui ac suorum liberorum damno emerit, & venditor prioribus pactis in transactione comprehensis non steterit, quia instrumentum venditionis, ac librum censualem intra constitutum tempus non dedit, & alia non tradidit nec fecit, quæ tradere ac facere debuisset vigore prioris tractatus, nec vxor ipsius circa consensum requisita fuerit, nullumq; habuerit, qui illam de iuribus suis certiorauerit, & denique dictus emptor satisfacere contractui non possit, nisi cum maximo sui ac suorum liberorum detrimento, ac propterea contractum rescindere, ac retrahere emptionem possit.

Ad hanc quæstionem respondemus, nō posse re-
1 scindi. Nā vbi venditio est perfecta, non † potest altero inuito ab ea recedere *l. 3 C. de rescind. vend.* vbi Diocletianus & Maximianus inquiunt, de contractu vēditionis & emptionis, iure perfecto, alterutro inuito nullo recedi tempore bona fides patitur. *l. ea cōditione. C. eod. tit. de rescind. vend.* vbi ea conditione distractis prædiis, vt quod reipub. debebatur qui comparauit restitueret, venditor à se celebrata solutione quanti interest, experiri potest non ex eo, quod emptor non stetis conuentioni fecit, contractus irritus cōstituitur & *in l. non idcirco eod. tit.* ibi. Ab illicitis itaque petitionibus abstinendo, ac precium si non integrum solutum est petendo, facies consultius. Idem probatur *in l. ineiuile. C. de rei venditatio.* Et hæc est cō-
2 munis omnium doctorum sententia, quod in † contractibus nominatis non sit locus pœnitentiæ, neq; actio detur ad rescindendum contractū, ex eo, quod pars non impleuerit promissa, sed agi possit vt impleantur. Bald & Castr *in d l. inciuile* Alciat. *in consilio* 103. *non procul ab initio.* Rolan. à Valle *in cons. 69. n. 31. lib. 4.* Quin autem in præsenti casu perfecta sit venditio dubitari non potest. Nam perfecta emptio & venditio dicitur † cum de re & precio est conuentū, 3
licet nondum precium numeratum sit. *§. 1. in Inst. de emp. & vend.* Etsi id quod vendiderit apparet, quid, quale & quantum sit, & precium & pure venit, perfecta est emptio, inquit Paulus *in l. necessario ff. de pericul. & commod. rei vend.* sed & si sub conditione venditio sit facta, perfecta † esse dicitur, quoad hoc, vt non sit 4
locus pœnitentiæ, etiam conditione pendente, vt probat textus iuncta Glo. *in verbo, perfectam. in d. l. necessario.* & Glo. & Paul. Castr. *in l. 2. C. quando liceat ab emptio. disced.* Afflictus post Hostien. Bald. & Salycet. quos citat *decisio.* 280. *n.* 3. 4. 5. 6 *& seqq.*

Sed in casu nostro de re & precio est conuentum, & constat quid venditum fuerit, & quale sit, & pure est venditio facta, pactis tamen & modis, de quibus in tractatu. Et licet venditor instrumentum nō tradiderit, & librum censualem, & alia non fecerit intra tempus constitutum, quæ facere tenebatur, non tamen idcirco resolui potest contractus, sed agere emptor potest, ad interesse, & vt fiat quod conuentum est. Tamen instrumentum non est de substantia cōtractus, † sed pertinet ad probationem rei gestæ, vt 5
declarat Glo. *in l. contractus. C. de fide instrum.* Gabriel. *comm. concl. tit. de pactis. concl. 3. num.* 1. & alii ab Antonio Thessauro citati *in nou. decis. Pedemon. decis.* 197. *n.* 4. Et ideo ad id quod interest agi potest, & vt contractus impleatur.

Quod vero dicitur de mulieris consensu, non requisito, nihil impedimēti adferre nobis visum est, quia iure cautum non videmus, vxoris consensum requiri in emptione & venditione, quam vir suis pecuniis, ac de suis propriis bonis facit. Nec vllum est statutum prouinciale vel particulare quod sciamus, quo id requiratur, aut vlla cōsuetudo: quare si nullum inter coniuges pactum fuerit, quo emptio & vēditio prædicta impediatur, quod certe ex actis transmissis non apparet, nihil videtur proponi cur rescindi emptio eam ob causam possit.

Nec difficultas quam † emptor allegat ei suffra- 6
gatur, vt patet *ex l. continuus § illud ff. de verb. oblig.* ibi. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimētum stipulatoris pertinet. Sic & *in l. incendium. C. si cert. petat.* incendium ære alieno non liberat debitorem. Et apud nostros doctores controuerti solet, an difficultas soluendi & implendi contractum excuset à † mora debitorē ac 7
promissorem, vt patet ex Bartol. *in l. quod te. nu. 14. ff. si cert. pet.* Bald. Angel. Alexan. & aliis, ibi. Quod vero difficultas excuset ab obligatione, atq; istud efficiat, vt contractus rescindi possit, non est iure constitutū. Sicut enim initio vnicuiq; libera potestas est habendi vel non habendi † contractus, ita renunciare se- 8
mel constitutæ obligationi, aduersario non consentiente, nemo potest. *l. sicut initio. C. de act. & oblig.* Sunt vero quædam personæ, quæ non possunt in solidum cōueniri, sed in quantum facere possunt, vti parens, patronus, socius, maritus, donator, *vt in §. sunt præterea. cum pluribus sequentibus. Inst. de act.*

Deinde quædam alia D. emptor proponit, quibus à D. venditore fratre se grauatum esse dicit, de quib. sigillatim respondebimus.

Primum illud est, quod D. venditor se etiam adhuc nominet Marescallum inferioris Bauariæ.

Respondemus in hac parte nullo modo grauatū videri D. emptorē, quia in tractatu emptionis & vēd. celebrato inter cętera conuentū est, quandoquidem nobiles

nobiles ibi de Closſen in Haidenburg, in feudum habent officium Mareſchalli in inferiori Bauaria, quod ſemper maior natu huius lineæ adminiſtrat, per iſtam venditionẽ ab hoc officio venditorem ac ipſius deſcendentes minime excludi.

Cum itaque ſic expreſſe conuentum ſit, nullam iniuriam emptori facit venditor, qui ſuo iure vtitur.
9 Secundum iuris regulas vulgares. Nam pacta † ſunt ſeruanda. *leg. conuentionum. §. prætor ait. ff. de pactis.* Nec aliquid eſt magis congruum fidei humanæ, quam ea, quæ placuerunt, ſeruari, *leg. 1. ff. eod. leg. 1. de conſtit. pe.* cum aliis ſexcentis quæ conſulto referre ſuperſedemus, vtpote omnibus notiſſima & tritiſſima.

Secundo dicit D. Emptor in hoc ſe grauatum, quod in copia obligationis à domino venditore concepta fiat mentio florenorum 36000. Nam in tranſactione ſuper venditione facta, cõtinetur quod de dicta ſumma dimidia pars intra ſpatium annorum trium ſolui debeat, & de reliquis 18000. florenorum obligatio fieri debeat. Vnde d. dominus emptor putat hanc dimidiam duntaxat nempe 18000. & non totam ſummam triginta ſex millium obligationi inſerendam.

Pro huius difficultatis diſſolutione præmittendum putamus in tractatu emptionis ita fuiſſe conuentum, vt emptor ſoluere teneatur omnia debita venditoris vna cum intereſſe quæ ſe extendunt ad florenorũ 15[…]7. Secundo vt vltra ſummam dictam teneatur venditori ſoluere alia triginta ſex millia florenorum hac ratione, nempe proximis tribus annis ſingulis annis ſex millia florenorũ quæ faciunt ſummam octodecim millium ſine intereſſe. De reſiduo vero aliorum octodecim millium, debeat emptor inſtrumento emptionis prius ſibi tradito cauere idonee, & aſſecurare venditorem, ſuper Haidenburg, caſtro vendito, & ſingulis annis ad feſtum Michaelis ſoluere intereſſe quinque pro centum, &c.

Iam pro parte emptoris, quod non teneatur obligationi & aſſecurationi inſerere niſi ſummam octodecim millium videlicet vltimam illam, quam ſingulis annis ſoluere promiſit ad feſtum Michaelis, facere videtur tenor conuentionis & pacti ſupradicti de idonea cautione & aſſecuratione, quod ſonat tantummodo de octodecim millibus prędictis, non autem de aliis prioribus octodecim millibus, & ſic de tota ſumma triginta ſex millium. Nam vnius inclu-
10 ſio † eſt alterius excluſio *leg. cum prætor. ff. de iud. cap. nonnulli. de præſumpt.* Hinc dixit Bartol. *in leg. legata inutiliter de leg. 1.* Cum aliqua probantur † vel confirman-
11 tur, contraria alia improbata cenſenda *ex leg. tribunus. § vlt. ff. de mil. teſta.* alia multa ſimilia adfert Menoch. *præſum. 86. n. 25. lib. 1.*

Contra pro venditore facit communis & vera doctorum concluſio: quod omnis qui ex aliqua iuſta cauſa eſt alicui obligatus ad aliquid dandum vel
12 ſoluendum, cogi poteſt ad hoc † vt ei conficiat inſtrumentum obligationis, pro ſui ſecuritate & cautione. *l. g. plures Apoch. Cod. de fide inſtrum. leg. ſicut dotem. Cod. de lib. cauſa. leg. ſi cum exceptione. §. ſed & ſi quis. in fine ff. de eo quod met. cauſa. leg. ex ea parte. ff. de verb. oblig.* Bartolus *in leg. ſi finita. §. eleganter. numero tertio. ff. de damno inf. Ecto.* & ibidem Alexander *numero 30.*
13 vbi rationẽ adducit, quia hoc † non nocet debitori, & creditori prodeſt, vt de ſuo iure docere poſſit, vnde facile eſt cõcedendum iuxta regulam *leg. 2. § item Varus ff. de aqua plu. arcen.* Aretinus *in dict. leg. ex parte. in 2. not.* & ibidem Iaſon *numer. 10.* alios plurimos in eandem ſententiam refert & ſequitur Tiraquellus *de retractu conſanguine. §. 29. gloſſ 5. in principio.*

In hac difficultate ita nos reſpondemus, quod aliud ſit inſtrumentum ſimplex creditori conficere & dare, per quod, vt conſtet de iure obligationis, Aliud eſt cauere idonee ipſi creditori, & illi obligare pro ſecuritate caſtrum vel alia bona. Priori caſu locum habent ea, quæ dicta ſunt, poſtremo loco in fauorem venditoris. Et ideo dicimus ac reſpondemus eundem venditorem poſſe emptorem cogere, vt in inſtrumento obligationis patiatur ſimpliciter inſeri totam ſummam triginta ſex millium florenorum, ita videlicet, vt ſe ad illa perſoluenda obliget, ſecundum pacta conuenta in tranſactione facta de cõtractu venditionis & emptionis Sed nequaquã pro tota ſumma dictorũ triginta ſex milliũ tenetur etiã obligare caſtrum, & aliter cauere quam per ſimplex inſtrumentum quo declaretur ipſum eſſe debitorem & quod velit ſoluere. Huius poſterioris aſſertionis noſtræ fundamentum illud firmiſſimũ eſſe putamus, quod licet debitor creditori petenti teneatur per inſtrumentum ſe obligare, *vt ſupra dictum eſt.* non tamen tenetur ſeram conditionem in aliquo deteriorem facere, aut ſe grauare in aliquo. Quamobrem † nec 14
tenetur inſtrumentum quod guarentigiatum appellant, facere, quod executionem paratam habeat ex forma ſtatuti. Ita declarant Angel. *in dict. leg. ſi finita. §. eleganter. & ibidem.* Alexander *circa finem. num. 32.* Aretin *in dict. leg. ex parte. circa finem.* & ibidem Iaſon *num. 10. verſic. limita.* Baldus *in cap. ſignificauit. colum. 2. de teſtibus.* vbi dicit quod quis cogitur conficere inſtrumentum cum non eſt ſibi onerosum, & quod idem declarat ſed non plus grauat, refert & ſequitur alios commemorans Tiraquellus *de retract. conſang. §. 19. Gloſſ. 5. numero ſecundo.* Quare multo minus tenebitur inſtrumentũ facere, quod bonorum hypothecam & obligationem contineat, id enim magis grauat, vt patet.

Tertium grauamen eſt, quia dominus venditor donec ei ſolutio fiat precii ab emptore vult ſibi eſſe obligatam non ſolum medietatem bonorum paternorum, hoc eſt, illam partem, quæ ipſi venditori competebat & quam fratri ſuo vendidit, ſed etiam alteram partem dimidiam quæ emptoris propria eſt. Putat itaque D. emptor dominũ venditorẽ contentum eſſe debere, ſi ipſi pars ſua iam vendita ſit obligata.

Quod attinet ad hanc quęſtionem videbatur prima fronte iuſta eſſe petitio Dn. venditoris, quia ita conuenit cum Dn. emptore, vt deberet idonee cauere & eum ſecurũ reddere ſuper Haidenburg, caſtro vendito. Et conſequenter ſuper toto caſtro *argumento leg. ſi defenſor. § qui interrogatus. ff. de interrog. act. Gloſſ. in l. ſi in rem in verbo, totam. ff. de rei vendic.* Nam appellatione † rei ſimpliciter, tota intelligenda eſt, 15
vt probatur *ex leg. ſi quis cum tot. in principio. ff. de except. rei iud.* vbi hæc duo æquiparantur quod quis petat fundum totum vel ſimpliciter, *& in leg. de pupillo. §. qui nunciat.* & ibi Bartolus *ff. de ope. nou nunc.* Decius *in leg. id quod noſtrum. de reg. iur. & in leg. quanquã. n 19. C. qui teſtam. facere poſſunt.* Io. And. & Dd. *in c. vlt. de verb. ſignif. in 6.* Et hoc præterea dicendũ videbatur, quia pignoris æſtimatio regulariter excedere

16 solet † debitam qualitatem, propter creditoris securitatem, vt doct. dicunt *in leg. vlt. Cod. de pact. pigno.* & experientia docet. Possent enim multa contingere ex quibus rei æstimatio diminueretur processu temporis. Vnde pro maiori cautione totum castrum videbatur esse obligatum.

Verum istis non obstantibus contrarium decidirur. Nempe D. emptorem non teneri venditorem securum reddere, nisi super castro vendito, hoc est, super illa parte bonorum, quam ei D. frater suus vendidit.

Pro cuius rei confirmatione, perpendimus verba ipsa conuentionis & tractatus, inter dominos emptorem & venditorem celebrati, in quibus ita dicitur: quod D. emptor debeat D. fratrem venditorem securum reddere, eique idonee cauere super castro ipso vendito. Hæc enim verba sunt satis clara, & non comprehendunt nisi castri partem venditam. Nam illud verbum castrum non est simpliciter positum, sed cum qualitate illa nempe castro vendito, quæ
17 quidem qualitas modificat † & restringit ipsam dispositionem. Bartolus *in leg. si quis posthum §. si filium.* & ibi Iason *numer.* 51. *ff. de lib. & posthum.* Marsilius *sing.* 520. Crot. *in consilio* 50. *numero* 8. Berous *in cons.* 128. *numero* 12. *libro secundo.* Natta *in consilio* 361. *numero* 18. Gomez. *in § in personam. numer.* 116. *instit. de act.*

Et quatenus dicta verba obscura essent, interpre-
18 tanda † essent contra venditorem in cuius potestate erat legem apertius dicere. *l. veterib. ff. de pact. l. stipulatio ista. §. in stipulationib. ff. de verb. oblig. l. quicquid astringendum. l. qui ex pluribus fundis. ff. eod. cum aliis concordantibus.*

Ad argumenta in contrarium respondemus in primis id, quod dicebatur, rei appellatione de tota intelligi, verum esse, cum simpliciter profertur, vt loquuntur leges allegatæ, secus si cum adiuncta qualitate, vt hic, nempe super castro vendito, quæ quidem qualitas adiuncta restringit obligationem ad eam partem castri, quæ vendita est.

Non obstat secundum, quia pars castri vendita reddit satis superq; securum ipsum dominum venditorẽ, cum longe plus valeat quam sit debita qualitas residua octodecim millium.

Et quod dicitur venditoris interesse, vt totum castrum sit ei obligatum, propter casus & mutationes, quæ contingere possunt: nihil obstat, quia non tam attendi debet id, quod est vtile venditori, quam quod iustum est & æquum. Nam & emptoris interest, vt suam propriam bonorum partem liberam possideat, & tali hypothecæ non subiectam, præsertim cum iam illam obligauerit suæ coniugi, & multa accidere possint, vt eam aliis obligare cogatur, ob necessitatem pecuniarum & alias causas, vt patet.

Quartum grauamen est, quod Dominus venditor hoc vult, vt D. vxor ipsius Dn. emptoris renunciare debeat omnibus suis priuilegiis, Velleiano & aliis iuribus sibi competentibus, donec summa triginta sex millium fuerit soluta: & vt non per vnum sed per plures certiorari debeat de priuilegiis sibi competentib. qui etiam ipsius nomine sigillum obligationi apponant, cum tamen loco & vice vxoris Dn. venditoris vnum solum adesse & sigillare velit.

Respondemus ad hanc quæstionem si ita est conuentum inter partes, vt coniuges ambarum renunctient suis iuribus & priuilegiis conuentionis, placitum seruandum esse: & non licere Dn. venditori tot sigilla petere apponi nomine vxoris D. emptoris, nisi & ipsius vxoris nomine totidem apponantur, vt æqualitas inter contrahentes seruetur, † quæ omni- 19
no seruanda est *leg. si id quod. § vlt. ff. de rescin. vend.* late Crauetta *in cons.* 145. *num.* 7.

Quintum grauamen est quandoquidem instrumentum venditionis nondum factum est, & reliqua de quibus in tractatu super ista venditione celebrato præstita non fuere per venditorem, non putat emptor se teneri ad tradendum eidem obligationem ac hypothecam bonorum, donec ipse venditor omnibus conditionibus & pactis satisfaciat.

Respondemus D. emptorem in hac parte iustissima petere. Neque enim cogi potest ipse ad seruanda & implenda quæ pollicitus est, nisi & venditor implere pro sua † etiam parte sit paratus *leg. cum proponas. 2. Cod. de pactis. leg. siue apud acta. Cod. de transact. leg. Iulianus. §. offerri. ff. de act. empti leg. cum te fundum. Cod. de pact. inter empt. & vend.* Quare nisi venditor adimplere paratus sit, & obligationi suæ satisfacere, repelli potest ab emptore, ea exceptione opposita, tu non adimpleuisti pro parte tua: quæ quidem exceptio dicitur † impedire litis ingressum tanquam exceptio litis finitæ, vt declarat Castrens. *in dict. leg. Iulianus. §. offerri* Crauetta *in consilio* 148. *colum.* 4. Menochius *in consilio* 1. *numer.* 365. Corneus *in consilio* 145. *colum.* 2. *libro* 4. Rol à Valle *in cons.* 69. *numer.* 14. *lib.* 4. 20 21

Et quod altero non implente contractum liceat alteri non implere, & agentem repellere exceptione doli opposita, atq; ita contractum rescindere per exceptionem, tradunt Crauetta *in cons.* 192. *num.* 22. Rol. à Valle *cons.* 69. *n.* 37. *li.* 4. Alc. *in cons.* 108. *in prin.*

Sextum grauamen emptoris est, quantum ad instrumentũ obligationis. Nam multa ibi addita sunt per venditorem: ac illud inter cætera, quod venditor emptori solutionis terminos ex singulari gratia ita constituerit.

Respondemus illa verba modici esse momẽti, nec propterea vllam difficultatem parere posse ac debere, licet iuri & naturæ contractus celebrati conuenire magis censeamus, vt nõ ex gratia dicatur terminũ ad soluendum constitutum sed ex pacto & conuentione. Nam quæ ex libero arbitrio nostro pendent, ad gratiam referendæ non sunt.

Nam in necessitatibus nemo liberalis existat. *l. rem legatam ff. de adim. leg.*

Postremo D. venditor duo petit. Primum, vt instrumentum obligationis D. emptoris roboretur sigillo trium nobilium præter sigillum D. emptoris & eius vxoris, vel alterius eius nomine: Alterum, vt loco illorum verborum, quib. contineatur, quod venditori de integro precio sit satisfactum apponantur illa verba, ea propter prænominati coniuges vltra illam summam, quam creditoribus soluendam in se receperunt, notabilem etiam pecuniæ summam secundum tenorem habiti tractatus tali & tali die certis constitutis terminis numeraturos, vna cum interesse, prout in d. tractatu præcedente denunciatione legitima &c.

Respondemus vtrumq; iustum nobis videri: cum alterum ad securitatem venditoris pertineat, quam ei emptor præstare cogitur ex pacto. Promisit enim in tractatu super venditione celebrato, quod pro 18000. legitimam & iustam obligationem dare velit. Et multas ob causas prodesse venditori possit, nullum vero adferre præiudicium emptori: & ideo secundum regulas vulgares facile concedendum.

Alterum

Alterum vero ad ipsius obligationis tenorem ac naturam clare ostendendam pertineat; quæ quidem claritas & simplicitas legum authorib. maxime placet: præsertim vt litium occasio auferatur, quæ quidem lites, vt non nascantur, præsertim inter fratres, reipub. interest: secundum leges nouissimas *leg. properandum. C de iud. l. fratris. C. de transf. l. causis. Cod. eod. c. finem litib. de dolo & contum.* Et ita iuris esse putamus, saluo aliorum iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegit.

Pro Fachinis de Foroliuio.

ARGVMENTVM CONSILII XLIV.

De substitutione compendiosa. De prælegatis an veniant in restitutionem fideicommissi. Et de Trebellianicæ detractione.

SVMMARIA.

1 *Substitutio facta simpliciter dicitur vulgaris.*
2 *Substitutio vulgaris non extenditur ad fideicommissariam.*
3 *Substitutio compendiosa quæ sit.*
4 *De eodem.*
5 *Compendiosa continet fideicommissariam.*
6 *Dictio, quandocunq., pertinet ad compendiosam.*
7 *Prælegata non veniunt in substitutione quæ fit personæ.*
8 *Contra ibidem.*
9 *De eodem.*
10 *Fructus non imputantur in Trebellianicam in filiis primi gradus.*
11 *Secus in liberis secundi gradus.*
12 *In fideicommissaria restitutione veniunt ea quæ grauatus acquisiuit ex successione.*
13 *De eodem.*
14 *Fideicommissarius restituens alteri fideicommissarie non detrahit quartam.*
15 *Plures vbi sunt vocati per disiunctiuam qualis fiat interpretatio.*
16 *Filii fratrum an succedant in fideicommissis vna cum patruo.*

Casus talis est.

QVIDAM Guilielmus de Fachinis de Foroliuio, qui multis & multis elapsis annis periculū futuræ mortis timens, suum vltimū condidit testamētum: in quo Ioanni Baptistæ eius filio legitimo & naturali institutionis iure, pro eius legitima, & omni alio quocunq; iure, quod per ipsum peti posset, reliquit vnam bonam possessionem plurium iugerum terræ, & Ioanni alteri eius filio prælegauit fere dimidium omnium bonorum immobilium, quæ supeterant dicto testatori, vltra possessionem relictam dicto Ioanni Baptistæ; & aliam dimidiam bonorum immobilium, quæ supererant, idem testator prælegauit filiis dicti Ioannis Baptistæ tam natis, quam nascituris ipsius testatoris nepotibus. Postea factis dictis prælegatis, idem testator in omnibus suis bonis mobilibus & immobilibus, heredes sibi vniuersales instituit dictum Ioannem pro dimidia, & dictos eius nepotes tam natos, quam nascituros ex dicto Ioanne Baptista eius filio pro alia dimidia.

Et quandocunq; decederet dictus Ioan. sine filiis masculis substituit dictos eius nepotes; & casu quo aliquis ex dictis eius nepotib. decederet quādocunque sine filiis masculis substituit superuiuentes, vel præmortuorum filios in stirpes & non in capita.

Hoc condito testamento, dictus testator mortuus est, viuente dicto Ioanne Baptista, qui ex post mortuus fuit & est per plures annos, & superuiuente dicto Ioanne dicti testatoris filio & viuentibus aliquibus nepotibus dicti testatoris, filiis dicti Ioannis Baptistæ.

Postea euenit casus, quod dictus Ioan. nondum decurso año decessit sine filiis masculis, superuiuentibus ex dicto Ioanne Baptista iam iam prædefuncto Antonio, & Francisco suis filiis, & quibusdam nepotibus dicti Ioannis Baptistæ ex Guilielmo moderno eius filio, iam multis elapsis annis defuncto: Mortuo dicto Ioanne præfati Antonius & Franciscus vigore fideicōmissi, sub compendiosa contenti, facti in personam dicti Ioannis, consecuti sunt dimidiam bonorum, vt supra, relictorum & prælegatorum dicto Ioanni, & aliam dimidiam consecuti sunt heredes dicti Ioannis pro legitima & Trebellianica.

Quibus omnibus sic peractis, vt Deo placuit, decessit etiam nuperrime & recenter dictus Franciscus filius dicti Ioannis Baptistæ sine filiis masculis cum vna filia fœmina, superuiuente dicto Antonio eius fratre & filio quōdam dicti Ioannis Baptistæ & superuiuentibus etiam quibusdam nepotibus dicti Ioannis Baptistæ: ex Guilielmo olim eius filio & fratre dicti Francisci nuper defuncti. Per cuius quidem Francisci mortem, dictus Antonius prætendit sibi deberi, vigore fideicommissi facti in testamento dicti Guilielmi antiqui, omnia bona, tam relicta, & prælegata dicto Francisco, in dicto testamento, quam ad eum obuenta ex bonis dicti Ioannis vigore fideicōmissi, de quo supra, vnde quęritur, quid iuris. Christi eiusque gloriosæ matris pro suffragio nominibus inuocatis.

Quoniam præsentis casus materia est valde difficilis & intricata, vt ex serie prænarrati casus facile est discernere, non posset de eius veritate discuti: nisi per dubia procederetur. Ideo vt ad dilucidationem & discussionē pręsentis casus peruenire possit, infra scripta dubia examinanda proposui.

Primum igitur dubium erit an substitutio facta D. Francisco in testamēto dicti Guilielmi antiqui sit talis, vt eius vigore dictus Antonius intelligatur vocatus ad bona dicto Francisco relicta, vigore fideicommissi?

Secundum erit, posito quod sic, an in huiusmodi fideicommisso veniant prælegata facta dicto Francisco.

Tertium erit, an in restitutione fideicommissi fienda per heredes dicti Francisci, possit vltra fructus perceptos per dictum Franciscum, detrahi Trebellianica, vel fructus debeant in Trebellianicam imputari?

Quartum erit, an acquisita per dominum Franciscum ex hereditate Ioannis, de quo supra, vigore fideicomissi, veniant in præsenti restitutione, & an de dictis bonis acquisitis aliqua veniat detrahēda Trebellianica?

Quintum erit, posito pro claro quod prædicta bona tam relicta dicto Francisco in testamento dicti Guilielmi antiqui, quam acquisita per ipsum vigore fideicommissi in bonis dicti Ioannis debeantur dicto Antonio, an in dictis bonis cum eo concurrere

currere debeant nepotes dicti Antonii ex Guilielmo eius fratre prædefuncto, vigore illorum verborum, in quibus testator vno ex nepotibus moriente vocauit superuiuentes, vel præmortuorum filios.

Circa primum dubium omittendo non necessaria verba, & postposita inutilium verborum pompa, insistendo in substantialibus, & inhærendo veritati, maxime inter coniunctos, à quibus, vt decisiuum responsum super præmissis tradam, sum requisitus; videretur prima consideratione dicendum, quod dictus Antonius non possit ad dicta bona venire vigore fideicommissi; Nam testator vno ex nepotibus moriente, substituit superuiuentes, & sic substitutio fuit facta simpliciter per verbum, substituo. Quoties autem cunque testator simpliciter substituit, per verbum, substituo, talis † substitutio dicitur esse solum
1 vulgaris, non autem fideicommissaria, ita probatur *in leg. Gallus. in §. quidam recte. & ibi not communiter scribentes ff. de libe. & posthum. & in leg. nam hoc iure. & ibi no. scribentes. ff. de vulgar. & pupi. no.* Bartol. *in leg. centurio: 10. colum. in versiculo secundo opponitur ad prædicta. ff. ad prædicta. ff. de vulga. & pupi.* vbi concludit, quod substitutio facta filio hoc modo, filio meo instituto, talem substituo, continet tantum vulgarem & non fideicommissariam, & idem Bartolus concludit *in leg. Lucius. col. fin. ff. de vulgar. & pupi. & in dict. leg. Gallus. in §. quidam recte. & ibidem* firmat Alexander *ff. de libe. & posthum* hoc idem tenet Alexander *consilio 13. visis & perlectu. libro tertio.* & ista opinio, quod substitutio facta simpliciter per verbum, substituo, dicatur esse solum vulgaris, & non fideicommissaria, dicitur esse communis, vt per plura firmat Decius *in consi io 205. in causa istorum nobilium in 2. colum. in secundo libro.* & idem Decius *in consilio 318. in ca. colum. 3. eod. libro secundo* & idem Decius hoc approbat *in consilio 287. in ciuitate Placentiæ,* vbi de verbo substituo, ita concludit, quod importet substitutionem solum vulgarem, nec isto casu aliquid operatur clausula codicillaris, vt ibidem Decius tradit, hanc eandem opinionem firmat idem Decius *in consilio 248. visa petitione. columna penultima & libro secundo.* & idem Decius *in consilio 384. in casu proposito. colum. pen. lib. 3.* in quibus locis idem Decius affirmat istam esse communem opinionem.

Si igitur substitutio prædicta continet solum vulgarem, vt ex præmissis apparet clare constare videtur, dictum Antonium non posse ad dicta bona venire vigore fideicommissi, cum substitutio facta expirauerit per aditionem, vt est casus apertus *in l. post aditam. C. de impu & aliis subst.*

Nec potest talis substitutio vulgaris extendi ad fideicommissariam, quia fideicommissaria repugnat vulgari, nam vulgaris habet locum, si institutus non sit heres; & adita hereditate expirat. *dict. leg. post aditam.* fideicommissaria vero requirit aditionem *leg. ille à quo. §. si de testamento. cum si. ff. ad Trebellia.* & quod
2 vulgaris † non possit extendi ad fideicommissariam, nec contra, Alexand. tradit *in consilio 17. ponderatu. col. fin. libro tertio.* Socinus *consilio 116. non potest. colum. 16. versicul. si vero. & in consilio 140. considerato testam. col. 1. libro primo.* & in terminis quod substitutio facta per verbum substituo simpliciter, contineat solum vulgarem, nec possit extendi ad fideicommissariam, approbat Decius *in consilio 394. verba testam. col. 4. in fi. libro tertio* vbi ita concludit, & in simili casu ita consuluit, & ita ex his in effectu videtur, quod casus iste reddatur dubius ad fauorē dicti Antonii, quod ipse ad dictum fideicommissum non sit vocatus ratione prædicta.

His tamen & similibus, quæ in contrarium adduci possent, non obstantibus, arbitror partem contrariam in casu proposito esse de iure veriorē, quod dictus Antonius admitti debeat ad fideicommissum vigore dicti testamenti.

Et quod istud sit verum clarissime demonstratur & primo considero, quod testator vni ex nepotibus quandocunquè decedenti, substituit superuiuentes, & sic talis substitutio fuit † compendiosa, vt demon- 3
strat illud verbum, quandocunque, vt traditur per Bartol. & alios *in leg. centurio. col. 3. versic. ad primum. ff. de vulgari & pupi.* & traditur *in leg. precibus. Cod. de impu. & in c. Raynutius. ext. de testam.* & tradit Alex. *cons. 6. viso. col. 1. lib. 3 & in cons. 49. col. 1. lib. 6.*

Similiter quod talis substitutio sit † compendio- 4
sa, demonstratur ex illis verbis: decederet sine filiis masculis: nam ista verba etiam sine dictione, quandocunque, important substitutionem compendiosam secundum Bartol. *in l. centurio col. pe. ff. de vulgari. & pupi. no glossam in c. si pater. ext. de test. libro sexto & probatur in leg. generaliter, & ibi in specie* Aret. illum tex. ad hoc reputat egregium, & no *Cod. de instit. & subst.* & quod plus est, dicit *ibi* Aret. quod compendiosa substitutio dicitur licet solum fuerit dictum, si sine filiis decesserit, & hoc idem quod talis substitutio dicatur compendiosa, firmat Decius *in consilio 205. in causa. colum. 2. libro secundo.* & idem approbant Moderni Papien. *in dict. leg. centurio. colum. 28. ff. de vulga. & pupi.* & idem, quod talis substitutio dicatur compendiosa, voluit Sozi. *in suo consilio 94. pro clariori. col. 1. libro quarto.* & idem Decius *in cons. 238. Lucretia. col. 2.* vbi inquit, quod talis substitutio, si institutus decesserit sine filiis, est compendiosa, & post aditam efficitur fideicommissaria.

Istis sic diligenter consideratis, optime infertur in casu nostro, quod in dicto testamento fideicommissaria contineatur ad fauorem dicti Antonii, nam si dicta substitutio est compendiosa, vt ex præmissis clare patet, nulli dubium est, quod in compendiosa post aditam hereditatem fideicommissaria † conti- 5
netur, ita voluit Bartol. *in leg. centurio. colum 9. quæro vtrum compendiosa ff de vulgari & pupi. & no. in l. precibus. C. de impu.* & tradit Angel *consilio 104. quidam Bartholomeus.* Alex *consilio 11. visis. lib. 4. & in cons. 165. circa præsentem. lib. 5.* & quod hoc sit verum, quod in compendiosa post aditam hereditatem contineatur fideicōmissaria Decius late tenet *in cons. 287. in ciuitate Placentia. col. 2.* & idem clarius *in cons. 14. in testamento. col. 2. in nou. nu. 40* & idem Decius *in consilio 25 licet. colum. 1. & in consilio 29. & pro tenui. col. 2. in nouis.* in quibus locis concludit, quod substitutio compendiosa resoluitur in fideicōmissariam post aditam hereditatem & de ea iudicatur, vt de fideicommissaria, & idem Decius vltra præmissa, hoc tenet *in cons. 238. Lucretia. col. 2.* & quia in hoc nullus contradicit, vlterius nō insisto: & sic concluditur quod dictus Antonius vigore dictæ fideicommissariæ contentæ in dicta compendiosa admittitur ad fideicommissum.

Non obstant modo adducta in contrarium & formaliter respondendo, dico, quod adducta supra in cōtrarium de substitutione facta per verbum, substituo, quod contineat solum vulgarem, procedunt & habent locū, quando substitutio fuit facta simpliciter, alio extrinseco nō adiecto, si vero substitutio sit facta p verbū, substituo, adiecta dictione importāte

tractum

tractum temporis, vt est in casu nostro, in dictione quandocunq; & aliis verbis, de quibus supra, & tunc verbum substituo non importat vulgarem, sed cõpendiosam continet, sub qua fideicõmissaria comprehenditur, ita in terminis reperio quod declarat Alex. ita concludens *in cons. 12. visis & perlectis. col. 3. ver. & si diceret. lib. 3.* & ita ad hoc, illud dictum Alex. ponderat Dec. *in cons. 248. visa. col. penult. lib. 2. & in cons. 95. & pro tenui. col. 2 lib. 1.* & in terminis quod substitutio facta per verbum substituo adiecta dictione, Quandocunque, contineat compendiosam, sub qua continetur fideicõmissaria late firmat Alex. vbi ita respõdet ad substitutionem simpliciter factam per verbum substituo, vt non habeat locum adiecta dictione, quandocunque *in l. Gallus. in § 1. colum. 2. in vers. limita tamen hoc. ff. de lib. & posth.* & idem eleganter firmat Decius, vbi proprie ita respondet ad obiectum supra factum in contrarium. *in cons. 29. & pro tenui. col. fi. in fi. in nouis. nu. 40.* & ita ex his primum dubium sit expeditum: in quo necessarium fuit, vti longiori folio cum ab isto dubio penderent leges & Prophetæ.

Capio secundum dubium, in quo adducendo, quę substantialiter obstare possunt, dicendũ videtur prima facie quod prælegata facta per dictum Guilielmũ in eius testamento non veniant, nam testator vno ex nepotibus decedente substituit ei superuiuentes, & sic substitutio videtur facta personæ, vnde
7 non † videtur quod prælegata comprehendantur: istud probari videtur ex his quæ Saly. scribit *in l. cum virum. c. de fideicommissis.* vbi dicit se vidisse dubitari, quod quando substitutio fit personæ & non bonis, prout in casu nostro quod prælegata non veniant in restitutione, secus si substitutio sit facta ad res ipsas & ad ipsa bona, & istud dictum Saly. videbatur facere rem dubiam.

Præmissis tamen non obstantibus, quæ vere non obstant, contrarium puto esse de iure verius, quod dictã prælegata veniant in restitutione. & quod hoc sit verum demonstratur sic: quotiescunque testator prius prælegat, prout in casu nostro & postea grauat, regulariter prælegata veniũt in restitutione: & istud
8 est verum, siue substitutio † sit facta simpliciter, siue sit facta personæ, ita eleganter concludit D. Alexand. *in consilio 25. circa primum dubium, col. pen. libro primo. & in consilio 66. viso testamento. colum. fi. libro secundo.* in quibus locis Alexand. refert dictum Saly. & impugnat, & quod, quando prælegata præcedunt grauamen, illa veniant in restitutione fideicommissi, Alexand. consulendo firmat *in consilio 31. videretur. colum. 2 libro quarto.* Sozi. *consilio 31. viso colum. 2. libro quarto.* & idem firmat Antonius But. *in consilio 68.* quo ad ducentas libras, Petrus de Ancha. *in consilio 27. non seruato ordine dubiorum.* Idem Soz. scribit *in cons. 102. visis. col. pen. libro tertio.* vbi dicit istam esse communem opinionem: Idem sequitur Corne. *in consilio 238. circa primum. col. pen. libro secundo. & in consilio 20. videtur. colum. 7. libro 2.* & elegãter, vltra omnes, idem per plura comprobat per plures quotas Decius *in consilio 254. viso puncto. col. 2. libro secundo.* vbi circa hoc notanter loquitur, & per hæc patet non esse verum fundamentum Saly. & passim reprobatur à doctoribus, de quibus supra, & maxime ab Alexandro *in locis preallegatis, & in consilio 252. preclare. col. 2. libro 6.* vbi no. loquitur secundo vltra præmissa, quod in præsenti restitutione veniant dicta prælegata, inconuincibiliter demonstratur, nam vt supra dictum fuit, testator in prælegatis diuisit fere omnia ei bona, quando autem testator in prælegatis absorbet maiorem partem † bonorum 9
suorum, semper in restitutione fideicõmissi veniunt prælegata, qualitercunq; & per quęcunq; verba sint facta, ita concludit Bart *in leg. Marcell in § quidam liber. ff. ad Trebell.* vbi omnes scribent. in hoc concordant, idem in terminis voluit D. Phi. Corn. *in suo cons. 228. quod dictus Antonius. colum. 2. libro quarto & in consilio 273. dubia. colum. pen. eo. libro quarto.* & idem Alexand. concludit *in suo consilio 163. examinatis. colum. 2. libro secundo.* & idem in præsenti q. quod semper prælegata veniant in restitutione, quando testator diuisit omnia bona, vel maiorem partem, per plura comprobat Decius dicens, istam esse communem opinionem *in consilio 254. viso. colum. 2. libro secundo.* vbi multa dicit ad propositum & præsentem casum conferentia, quæ aliter non refero, cum istud fundamentum sit verissimum, & contradicentes non habeat, & per hæc sum expeditus de 2. dubio.

Circa tertium dubium; an fructus percepti per dictum Franciscum, debeant ei in Trebellianicam imputari: videretur † omnino dicendum quod non, 10
sed quod vltra fructus perceptos, Trebellianica deduci deberet, & hoc per tex. vbi videtur casus *in leg. iubemus. in princ. Cod. ad Trebellian.* vbi disponitur, quod si filius fuerit grauatus per fideicommissum à patre, fructus per eum percepti ante restitutionem fideicommissi, non imputantur in Trebellianicam, sed vltra fructus perceptos detrahit Trebellianicam, & licet ille tex. solum loquatur in filiis, tamen videtur, quod extendatur ad nepotes, iuxta ea, quæ ponunt scribentes *in lege secunda. Cod. de in ius voca.* vbi volunt quod statutum excludens filias fœminas propter filios masculos habeat etiam locum in nepotibus, vt ipsi excludant amitas, & ita in specie voluit Bald. & Moder. sequuntur.

Quibus tamen non obstantibus contrariam partem de iure veriorem existimo, quod fructus percepti debeant in Trebellianicam imputari, & ad hoc demonstrandum, ego considero, quod dictus Franciscus nuper defunctus non erat filius dicti testatoris, sed erat eius nepos, & sic erat de liberis secundi gradus. Istud autem est in iure clarissimum, quod licet liberi † primi gradus habeant hoc priuilegium 11
à lege, vt non teneantur fructus perceptos imputare in Trebellianicam, tamen tale priuilegium non competit liberis secundi gradus, & sic nepotibus. Istam opinionem primo tenuit Gloss. *in l. in fideicommissaria. ff. ad Trebellian.* Hanc eandem opinionem tenet Bartolus & Angelus *in leg. quod de bonis. in § quod Anus. ff. ad leg. falcid.* vbi concludunt, quod licet filiis primi gradus fructus non computentur in Trebellianicam *dict. leg iubemus. C. ad Trebellian.* tamen secus est in nepotibus, & hoc idem tenuit Bartolus *in d. l. iubemus. in § fin.* vbi dicit, quod extra liberos primi gradus, alii sibi imputant fructus, quod dicit esse perpetuo tenendum menti, hanc eandẽ opinionem in nepotibus, vt fructus sibi imputent in Trebellianicam, in terminis firmat Dominus Alexander *in consilio 101. perspectis. columna penultima. libro sexto.* & idem Alexand. hoc tenet *in cons. 36. consideratis. col. 2. lib. 7.* & vltra Alex. quod nepos ex filio sibi imputet fructus in Trebellian. firmat Sozi. *in cons. 82. in casu vertente.*

vertente.col.pen.lib. 4.& iſtam opinionem æquam, veram & cõmunem dicit & amplectitur Cor. Peru *in ſuo conſ.* 146. *in hac conſultatione. col. pen. in verſ. incidere tamen. lib.* 2. & cum iſta ſit communis opinio, non eſt vlterius inſtandum, & ſic patet non obſtare *dict. leg. iubemus.* quia loquitur in filiis primi gradus: & cum ſit correctoria, quia corrigit *leg. in fideicommiſſaria. ff. ad Trebellian.* non debet ad alium caſum extendi *arg. leg. præcipimus. cum vulga. C de appella.* ſecus in caſu contrario, vbi diſpoſitio erat fauorabilis fauore agnationis ſecundum doctores *in dict. l.* 2. *C. de in ius vocan.* & ita *ad dict. leg. iubemus.* reſpondent doctores in locis præallegatis, & quod diſpoſitio *leg. iubemus.* non extendatur vltra perſonas in ea expreſſas, quia eſt correctoria, voluit Bartol. & Alexand. *in l. filius fam. ff. ad leg. fal'ci.* vbi firmant, quod licet liberi primi gradus non computent ſibi fructus in Trebellianicam, tamen ſecus eſt in parentibus primi gradus, qui ſibi computant fructus, hoc dicunt eſſe ex eo, quia diſpoſitio *dict. l. iubemus.* tanquam correctoria non extenditur ad perſonas in ea non ſpecificatas.

Quo ad quartum dubinm in quo dubitatur, an obuenta dicto Franciſco ex bonis Ioannis de Fachinis cohæredis ſui, ex fideicommiſſaria, veniant in reſtitutione; concluſiue procedendo, arbitror eſſe cõcludendum, quod ſic, cum nihil ſubſtantiale poſſit in contrarium adduci, & iſtud ſic clare probatur. Nam teſtator præd ctus grauauit dictum Ioannem hæredem, vt quandocunque decederet, nepotes venirent ad bona dicti Ioannis, & ſic teſtator ſubſtituit compendioſe, vt important illa verba, quandocunque, & illa verba, decederet, vt late ſupra probaui, certum autem eſt, quod quando vnus ex cohæredibus grauatur per fideicommiſſum, in tali reſtitutio-
12 ne † veniunt acquiſita ab alio ex fideicommiſſaria contenta in compendioſa, quæ præcedebat grauamen, vt in caſu noſtro, ita voluit Bartol. *in leg. Marcellus. in* §. *quidã liberis. in verſ. quæro, an id, quod venit ad aliquem ex ſubſtitutione compendioſa ff. ad Trebellian.* vbi concludit, quod quando ſucceditur ex ſubſtitutione compendioſa, quæ valet iure fideicommiſſi poſt aditam hæreditatem, tunc in reſtitutione fideicommiſſi venit etiam illud, quod grauatus habuit prius ex ſubſtitutione compendioſa, & idem tenet Bartol. *in l. hæredes mei.* §. *cum ita* vbi Angel. *ff. eo. tit.* & idem Bartol *in leg. Scæuola ff. ad Trebel* & ita etiam tenet Imol. *in l. ita tamen. in* §. *qui inſpectam. ff. ad Treb.* & ita ſecundum iſtam opinionem in indiuiduo conſuluit Alexand. *in conſ.* 252. *præclare allegatum. col.* 2. *& fi.* vbi circa hoc eleganter loquitur *lib.* 6. & iſtam eandem opinionem tenet idem D. Alexand. *in leg. Marcellus. in* §. *quidam liberis. ff. ad Trebell.* vbi concludit iſtam communem opinionem, vt quæſita prius per grauatum
13 ex compendioſa, veniant † in reſtitutione fideicommiſſi, & idem Alexand. hoc tenet *in conſilio* 66. *viſo teſtamento. colum fi. libro tertio.* & quod quæſita prius ex compendioſa per grauatum veniant in reſtitutione affirmat Decius, dicens eſſe communem opinionem *in conſ* 81. *in caſu propoſito. colum.* 1. *in fi. libro primo.* & idem Decius *in conſ.* 80. *viſis duobus col.* 2 *eo. lib.* 1. & faciunt quæ idem ſcribit *in conſ.* 86. *viſo puncto. col.* 1. *eo. lib.* 1.

Et hoc ſtante quod acquiſita per dictum Franciſcum de bonis dicti Ioannis veniant in reſtitutione; infertur, quod de dictis bonis acquiſitis nulla poteſt detrahi Trebellianica: nam in dictis bonis d. Franciſcus eſt fideicõmiſſarius, quando aũt fideicommiſ-
14 ſarius hæreditatem † alteri fideicommiſſario ſiue in continenti, ſiue ex interuallo, non detrahit quartam ita probatur *in leg. prima.* §. *inde Neratius. ff. ad Trebell. & in leg. Mulier.* §. *fi. ff. eo tit. & fa. ii tex. in leg. lex falcidia. in* §. *nunquam. ff. ad leg. falcid.* & ita in terminis per prædicta iura firmat Corne. dicens, fideicommiſſarium reſtituentem alteri fideicommiſſario non detrahere quartam *in conſilio* 96 *ex themate. colum.* 2. *libro ſecundo.* & illa tanto magis procedunt, cum Trebellianica ſemel fuerit detracta de dictis bonis, per hæredes dicti Ioannis, iuxta ea quæ traduntur *in d. l.* 1. *in* §. *Neratius ff. ad Treb.*

Venio ad vltimum dubium, in quo reſolutiue & concluſiue procedendo, vt etiam ſupra fictum eſt, arbitror concludendum, dictum Antonium ſolum admitti debere ad dictum fideicommiſſum, nec cum eo concurrere poſſe dictos eius nepotes. Et iſtud apertiſſime demonſtrari poteſt ex verbis dicti teſtamenti, nam teſtator vno ex nepotibus decedente ſubſtituit ſuperuiuentes, vel præmortuorũ filios, & ſic teſtator diſiunctiue vocauit nepotes, quoties autem cunque teſtator alternatiue vel diſiunctiue vocat plures perſonas: i li, qui ſunt vocati per diſiunctam, † intelliguntur vocati in defectum non extan- 15
tium prius nominatorum. Ita probatur per tex. expreſſum *in leg hæredes mei.* § *fi. ff. ad Trebell.* vbi inſtitutus erat grauatus reſtituere filiis teſtatoris, vel vni eorum, vel nepotibus, niſi cui voluerit, vel cognatis: dicit textus quod non intelligitur grauatus nepotibus, niſi in defectum omnium filiorum, & ita per iſtum textum decidit caſum noſtrum Rapha. Cuma. *in conſ'i* 10106. *mulier inſtituit maritum.* vbi Cuma. conſuluit, quod ſi teſtator pluribus filiis inſtitutis, aliquem grauauerit, de reſtituendo aliis ſuperuiuentibus, vel filiis præmortuorum, ſi mortuo vno ex filiis, exſtent alii filii, & nepotes ex alio filio præmortuo, filius ſuperſtes in totum admittitur, excluſis ſuis nepotibus, & ſic Rapha de directo decidit caſum noſtrum: ſed vltra Cuma in terminis noſtris, hoc idem conſuluit Alexand. *in conſilio* 50. *viſo teſtamento. colum.* 2. *lib. o ſecundo. quod eſt duplicatum in conſilio* 16 *colum.* 2. *libro ſexto.* vbi Alexander conſuluit, quod quando teſtator, idemque pater vni ex filiis morienti, ſubſtituit ſuperuiuentes filios, vel fili s præmortuorum diſiunctiue extantibus filiis, non admittuntur illi, qui ſunt de numero nepotum, *allegat tex. in dict. leg hæred s mei. in* § *fi. ff. ad Trebell* & alia, quæ non refero, vt ſim breuis, & ſic Alexand. in indiuiduo ponit præſentis caſus deciſionẽ ad fauorem dicti Antonii. Et quod iſtud ſit verum, quod quando teſtator vni filio præcedenti ſubſtituit ſuperuiuentes vel præmortuorum filios, extantibus filiis, nepotes non admittantur, firmat per plura & approbat Dn. Phi. Decius *in conſilio* 318. *in cauſa iſtorum nobilium. colum.* 3. *libro ſecundo* vbi in hoc non loquitur, & ſic patet, quod ex iſto ſolo fundamento, iſtud vltimum dubium reſoluitur ad fauorem dicti Antonii.

Sed etiam vltra præmiſſa, quod dicti Antonii nepotes non debeant concurrere cum ipſo euidenter demonſtratur: nam in præſenti caſu agitur de ſuccedendo per fideicommiſſum ex diſpoſitione hominis: veriſſima autem videtur eſſe ſententia, quod quando agitur de ſuccedendo per fideicommiſſum, nepotes non ſubintrent in locum patris, ſed prior in gradu, prius admittatur. Ita voluit Baldus *in leg. cum ita, in* §. *in fidei. omni iſſo ff. de lega.* 2 vbi concludit, quod ſi teſtator grauauit heredem ad reſtituendũ bona fratrib. ſuis: Si mortuo herede

extent

extent fratres, & filii fratrum, soli fratres admittuntur exclusis filiis fratris: & ita etiam tenet ibi Florian. de S. Petro. & Raph. Cuman. hanc eandem opinio-
16 nem, quod in fideicommissis † filius non subintret locum patris tenet Alex. *in cons. 203. consideratis. colum. 3 libr. 2. & in cons. d. a ponderatis verbis. col. 4. lib. 4.* & idem Alex. *in cons. 179 perspectu. colum. 2. libr. 5.* & idem tenuit Aretin. *in § cum filius instit. de hered. quæ ab intest. defer.* & istam opinionem dicit esse veriorem D. Ias. licet aliqua adducantur in contrarium. *in l. si auia frater. col. 2. C. de success. edict.* hanc eandem opinionem late tenet D. Phil. Dec. *in suo cons. 1. memini me alias. col. 2. & per totum. lib. 1.* & idem Dec. hoc firmat *in l. si ex testamento. in 1 col. C. vnde liber.* vbi declarando, quando filius intret in locum patris in successione, concludit quod in fideicommissis filius non subintrat, & istam eandem opinionem sequitur idem Dec. *in d. l. si auia frater. C. de success. edict.* vbi dicit, se alias ita consuluisse in ciuitate Florentiæ, vt patet in dicto eius consilio primo, & ita in Rota secundum illud consilium Romæ iudicatum fuisse. Et idem Decius hoc approbat per plura *in cons. 6. in præsenti consultatione. col. fin. in nouis. nu. 40.* vbi similiter refert, se alias secundum istam opinionem consuluisse, quod in fideicommissis filius non subintret locum patris, & ita alias in Rota Curiæ Romanæ iudicatum fuisse, & sic per ista duo fundamenta, quæ puto esse in iure clarissima, optime demonstratum, arbitror dict. Anton. debere in totum admitti ad bona dicti Francisci, exclusis eius nepotibus, & consequenter vltimum dubium, & præsentem consultationem esse expeditam cum laude Dei.

Et ita vt supra conclusum est, iuris esse arbitror, ego Petrus Brunus I. V. Doct. Foroliuiensis, in quorum fidem hic me subscripsi, & solito sigillo signaui: alterius rectius sentientis consilio semper saluo.

Petrus Brunus I C. Foroliuiens.

Adeo elegantissime & copiose scripsit supradict. D. Consulens, vt suppletione aliqua nõ indigeat: Ideo de sola subscriptione requisitus Consulente nostro in sententiã ipsius, pro conclusiones suas esse de iure verissimas, saluo semper Consilio saniore. In quorum fidem me propria manu subscripsi, ac solito sigillo sigillaui. Laus Deo.

Ego Gabriel Calderonus Fauentin.
I. V. D. & Eques.

Pro heredibus D. Io. Vrcinii de Augustinis Foroliuiens.

Argvmentvm Consilii XLV.

De societate omnium bonorum, & de debitis contractis ab vno ex fratribus sociis, an sint ab altero fratre de communi soluenda.

Svmmaria.

1. *Debitum intelligitur proprio nomine contractum in dubio, non autem societatis.*
2. *Socius vt obligetur ex contractu socii necesse est nomine societatis debitum esse contractum.*
3. *Socius non tenetur ex contractu alterius socii, nisi in communem vtilitatem pecunia vertatur.*
4. *Socius vt obligetur ex contractu socii necessaria est scientia.*
5. *Societas omnium bonorum vt contrahatur, debet id exprimi.*
6. *Societas omnium bonorum, vt probetur, quæ requirantur.*
7. *Societas omnium bonorum contracta non intelligitur, vbi vnus tantum ex sociis negociatur, & infra vide.*
8. *In societate omnium bonorum debita sunt communia.*
9. *Per societatem omnium bonorum communicantur omnia vndecunq; quæsita per socios.*
10. *Societas omnium bonorum quid.*
11. *Societas omnium bonorum expressa quæ.*
12. *Societas omnium bonorum probatur ex coniecturis.*
13. *Delictum non præsumitur.*
14. *Socius qui parum industrium socium eligit sibi imputet.*
15. *Stante statuto quod lucra sint communia inter aliquos, etiam damna sunt communia.*
16. *Damna & lucra inter socios communia sunt.*
17. *Socius tenetur ex contractu socii licet gestus non fuerit contemplatione societatis.*
18. *Expressum dicitur, quod ex natura verborum colligitur.*
19. *Societas omnium bonorum probatur, licet vnus socius tantum negotia tractet.*
20. *Socius est obligatus ex contractu socii qui negociatur eo sciente & patiente.*
21. *Socii duo qui negotiantur se inuicem præponere videntur.*

Species facti.

Ioan. Matthæus & Gabriel de Rabiis fratres, Anno 1579. conuenerunt inter se per instrumentum publicum hoc modo. Per præsens instrumentum dixerunt & declarauerunt, non solum supradicta bona in præsenti instrumento descripta & annotata, sed etiam omnia alia & singula, quæ ad eorum notitiam in posterum peruenerint empta per ipsos, & quemlibet eorum, de per se seu per alios eorum nomine, à die supradictæ mortis eorum quondam patris, vsq; ad præsentem diem, ac etiam emenda, & quoquo modo acquirenda, dum steterint in communi, vna etiam cum omnibus & singulis bonis mobilibus, supellectilibus, massaritiis domus, pecuniis, mercantiis seu trafficis cuiuscunq; generis, habendis & reperiendis penes dictos fratres, seu eorum fratres & heredes, tempore diuisionis esse communia, & in communi diuidi debeant, &c.

Anno 1586. quo tempore societas suprad. inter d. fratres durabat Dn Io. Matth. vendidit annuum censum D. Lauræ de Matthæis aureorum 6 annuorum precio 600. aureorum, vt in instrumento habetur.

In quo etiam continetur D. Io. Vrcin. de Augustinis fideiussisse pro D. Ioan. Matth. de soluendo dicto annuo censu, quẽ D. Io. Matth. promisit indemnem conseruare.

Anno 1588. dicti fratres venerunt ad diuisionem bonorum communium, vt supra. Pars autem bonorum quæ D. Io. Matth. ex dicta diuisione obuenit occupata fuit à variis creditoribus, quibus pro solutione fuit assignata.

Facto igitur non soluendo præfato D. Io. Matth. D. Io. Vrcinus qui ratione census annui pro eo fideiussit, coactus est hactenus soluere, & vsque ad hoc tempus cogitur, atq; ita soluit multis annis dictum annuum censum.

Quæritur, an nunc heredes d. D. Ioan. Vrcinii pro sua indemnitate agere possint aduersus Dominum Gabrielem, & eius heredes pro dimidia parte, nec ne?

Christi suffragio implorato.

VIdebatur prima (quod aiunt) fronte responderi non posse. Primo, quia Dn. Ioann. Matth. non cõtraxit hoc debitum nomine societatis, sed simpli- 1 citer, quo casu intelligitur † proprio nomine contraxisse. *l. & magu. ff de solut.* Alex. *cons. vlt. n. 10. lib. 7.* Natta *cons. 567. n. 5. lib. 3.* D. Cæphal. *cons. 569. num. 18. lib. 4.* Est autem necesse ad hoc, vt socius obligetur ex contra- 2 ctu socii, cõtractũ † societatis nomine celebrari, sicuti post Bald. quem citat, respondit Alexan. *in consil. 139. nu. 1 lib. 5. & cons. vlt. nu. 10. lib. 7.* Dec. *in cons. 129. nu. 12.* Stracca *tit. de contract. mercat. num. 15.* Natta *cons. 567. nu. 3.* D. meus Cęphalus alios citans *in cons. 569. numer. 17. libr. 4.* Anton. Thessaur. *decis. 136. per totam.* Rota *in nouissimis decisionib. 169. parte 2.*

3 Secundo, quia regulariter socius † non tenetur ex facto siue cõtractu alterius, nisi pecuniæ in communem arcam societatis positæ sint. *l. iure societatis. ff. pro socio* Dec. *in l. fideiuss. in 1. not. ff si cert. pet.* Crau. *in cõ. 129. nu. 12* Natta *in d. cons. 667. nu. 5.* hoc autem in facto verum esse non constat, quod pecuniæ fuerint conuersæ in communem arcam, ergo ex cõtractu Io. Matth. non videbatur d. Gabriel obligatus esse.

Tertio, quia necessariũ erat D. Io. Vrcin. scientiam 4 d. societatis † habuisse, & D. Gabr. tanq̃ socium obligare voluisse *l. vlt. ff. de exerc.* Alex. *cons. 28. col. 3. vers. tertiũ requisitũ erat. lib.* D. Cęph. *d. cõs. 569. n. 20. lib. 4.* talis vero scientia nõ p̃sumitur, sed ꝓbãda est *l. verius. de ꝓb.*

Nec videbatur obstare si diceretur inter d. fratres contractã fuisse societatẽ omnium bonorum. Primo, quia in d. instrumento nulla fit specialis mẽtio societatis. Est. a. necessarium, ad contrahendã societatem 5 omnium † bonorum, vt id exprimatur, quę sententia ꝓbatur, *in l. 3. § 1 ff. pro socio.* vbi IC. dicit omnium bonorum societatem cõtrahi specialiter: quod verbum Gl. interpretatur, id est, expresse Paul. Castr. *cons. 140. lib. 1.* Menoch. *cons. 12. nu. 10. lib. 1.* Mascard. alios citans *de probat. vol. 3 conclus. 1309. num. 11.*

Secundo, quia dato ꝙ societas omnium bonorum tacite etiam contrahi possit, secundum aliorum sententiam, quos commemorat Mascard. *loco proxime citato. n. 20.* tamen secundum communem Dd. sententiam, tria sunt necessaria ad præsumendam ac tacite inducendam talem omnium bonorum societatem, quæ non constat hic concurrere.

6 Primum probanda est † communio bonorum, conuictus, & promiscua eorum possessio. Secũdo lucrorum vniuersorum ex quacunq; causa, & damnorum & onerũ cõmunicatio. Tertio de lucris nullam inter socios rationem redditam fuisse, ita Bart. *in l. si patruus. C commun. vtriusq. iudic.* Menoch. *d. cons. 12. nu. 1. libr. 1.* Mascard. *loco sæpe citato nu 23.*

7 Tertio, quia vnus tantum Io. Matth. negocia † tractabat, ergo non potuit dici cõtracta societas omniũ bonorum. Menoch. *d. cons. 12. n. 11. & 12. lib. 1.* Mascar. *d. concl. 1309. n. 37 lib. 3 de prob.* Verum istis nõ obstantib. re maturius perpensa contrariam sententiã iuri magis consonam existimo, nimirum in ꝓposita facti specie D. Io. Vrcin. siue nunc ipsius heredes agere posse aduersus D. Gabr. seu heredes illius pro consequenda indemnitate, respectu dimidiæ partis, quæ portio est dicti Gabr. debitorum à Io. Matth. contractorum.

Pro cuius sententiæ confirmatione assumo mihi illam verã & communem Dd. sententiam, quę habetur, contracta societate omnium bonorum inter aliquos sicut lucra omnia & bona acquisita per vnũ ex sociis alteri socio sunt communia, ita etiam omnia esse debita ab vno ex sociis contracta, & ideo communi ære soluenda.

Hac enim conclusione supposita argument. conficitur ineuitabile, quia cum inter Io. Matth. & Gabr. contracta fuerit societas omnium bonorum, vt ostendam, sequitur necessario concludendum, dict. Gabriel. obligatum esse pro sua parte dimidia ad soluenda debita, à d. Ioan. Matthæo contracta.

Singulas propositiones † verissimas esse ita demon- 8 stro, quod contracta societate omnium bonorũ quilibet ex sociis teneatur pro sua parte ad debita soluenda, quę alter sociorum contrahit, iis exceptis quę ex delicto vel culpa socii contracta sunt, probatur primo *ex l. si fratres §. per contrarium. ff pro socio.* vbi si vnus ex sociis damnatus sit actione iniuriarum, tale damnum est commune alteri socio.

Secundo *ex l. ex parte. §. filius. ff. fam. hercisc.* vbi probatur debita per vnum ex fratribus contracta cum rep. occasione magistratus, esse communia alteri fratri, si contracta sit societas omnium bonorum.

Tertio, *ex l. omne æs alienum ff. p socio.* vbi Paul. *omne æs alienum*, inquit, *quod manẽte societate contractum est, de communi soluendum est. &c.*

Quarto, quia ita in terminis nostris societatis omniũ bonorũ contractæ responderunt: Soc. Sen. *cons. 291. n. 1 lib. 2.* Crau. *cons. 159. n. 8.* Rol. à Val. *cons. 91. n. 35. 36. lib. 1.* Tob. Non. *cons. 64. n. 7. 8. 9.* Decian. *cons. 85. n. 6. lib. 2.*

Quinto, quia per societatẽ omnium bonorũ communicantur † omnia lucra vndecunq; quęsita per v- 9 num ex sociis *l. 3. §. 1. ff pro socio.* ergo ẽt debita contracta p vnũ ex sociis debent esse cõmunia. *l. secundũ naturã. de reg. iur.* in terminis tradit Rip. *in rub. de acq. possess. n. 10.* addentes *ad consilia Martini Garatæ. cons. 33.*

Ex quibus prior propositio nostri argumenti satis clare probata ac sufficienter apparet.

Quod autem in proposito casu fuerit contracta societas omnium bonorum, probatur ex verbis instrumenti, cuius in themate fit mentio.

Nam ita expresse conuentum apparet inter dictos fratres, vt bona quoquo modo acquisita & acquirenda sint communia inter ipsos fratres.

Nihil enim est † aliud omnium bonorum socie- 10 tas, nisi communicatio bonorum omnium *l. 1. ff. pro socio.* vbi IC. ait in societate omnium bonorũ, omnes res quæ coeuntium sunt continuo communicari.

Ergo videtur contracta & quidem expresse societas omnium bonorum, quia specialiter omnia bona quæsita & quærenda communicata sunt, ꝙ est requisitum societatis omnium bonorũ expressæ. *vt in d. l. 3. §. 1 vb. Glos. in verb. specialiter pro socio* Mõzius *de contract. societat. tit. de diuis. societ. n. 1. vers. 5. sexta sit societas* De qua expressa omnium bonorum † societate, ꝙ ita contra- 11 hatur, tradunt Aret. *in §. 1. Instit. de societ.* Crot. *cons. 40. nu. 6. lib. 1.* Rol. à Valle *cons. 91. n. 24. lib. 1.* Mascar. *de probationib. volum. 1. conclus. 1309. num. 8.*

Confirmatur hæc † sententia ex communi Dd. sen- 12 tentia, q̃ habet, societatẽ omnium bonorum probari ex coniecturis, argumentis & actib. qui fieri nequeunt citra ius & nomen societatis omnium bonorum, vt tradunt Bald. *in l. si patruus. C. comm. vtriusq.* Bartol. *in l. Titiam & Maeuium. § altero de administrato. nu. 5.* Ias. *late cons. 2. lib. 2.* Rol. à Valle *cons. 90. nu. 28. lib. 1.* Mascard. alios citans *de probat. vol. 3. concl. 1309. num. 20.*

Non video autem quomodo possit citra ius & nomen societatis omnium bonorum fieri inter fratres communicatio omnium bonorum acquisitorum ac acquirendorum quoquo modo, tam mobilium, quam immobilium, ac in præsenti facti

specie

specie actum & declaratum fuit in dicto instrumento.

Quare ex his concludo inter prædictos fratres cõtractum fuisse omnium bonorum societatẽ; & consequenter omne æs alienum de communi soluendum esse, iuxta leges & Dd. superius allegatos.

Etsi enim excipiantur debita contracta ab vno ex sociis, ex delicto vel culpa ipsius, tamen secundũ vul-
13 gatas regulas, culpa † & delictum non præsumitur. *l. merito. ff. pro socio.* quare non est præsumendum D. Io. Matth. contraxisse hoc debitum ob delictũ aliquod vel culpam aut dolũ cõmissum, qui enim dicit, id probare debet. *l. quoties. §. qui dolo ff. de prob. l. dolum. C. de dolo.* cum aliis vulgatissimis. Nec sufficeret paruam dili-
14 gentiam probare ipsius D. Matthæi, quia is † qui sibi socium eligit parum diligentem sibi imputare debet. *vt in Instit. de societ. in fine.*

Sed vlterius hanc sententiam meam etiam omissa disputatione illa, an societas omnium bonorum fuerit contracta, confirmo, quod scil. debitum hoc contractum sit soluendum de cõmuni tam à d. Io. Matth. quam à d. Gabriele & suis heredibus, quia ita expresse conuenerunt in instrumento, vt omnia hinc inde quoquo modo acquisita & acquirenda, essent inter eos communia, nam dico hanc conuentionem hoc operari, vt ẽt debita sint communia: ad q; noto ex decis. Ripæ *in rub. de acq. poss. n. 10.* & notatis per addentes ad Mart. Garat. *cons. 33.* vbi dicunt stãte statuto, quod
15 omnia lucra † sint cõmunia, ẽt debita esse cõmunia: quia h. e. secundum naturam. *l. secundũ naturã. de reg. iu.* & contrariorum eadem est disciplina. *vt ibi per eos.*

Quibus ita stantibus non obstant argumenta in contrarium allata, quæ nobis ansam dubitandi præbuerunt.

Nam quod attinet ad primum: Fateor ex contractu vnius socii nomine proprio celebrato, sociũ non obligari: sed hoc locum nõ habet in societate omniũ bonorum, quia inter huiusmodi socios omnia lucra & damna sunt communia, exceptis iis, quæ ex deli-
16 cto perueniunt, consequenter si † vnus ex sociis debitum contraxit, id commune debeat esse alteri socio, sicut communis esset acquisitio & lucrum, ita hanc rem explicat & declarat, respondetq; ad argumentum istud Crauet. *cons. 159 nu 8.*

Ad secundum argum. respondeo, similiter verum esse, quod dicitur ex facto vnius socii alterum nõ obligari; sed hoc non procedit in societate omnium bonorum, quia huiusmodi societatis ea est natura, vt omnia damna & lucra vndecunque obuenientia sint communia, ita Rol. à Valle *cons. 91. n. 48. lib. 1.*

Ad tertium respondeo. *l. vlt. ff. de exercit. act.* locum habere & loqui de institoria & exercitoria actione, q̃ vt locum habeat, hoc requiritur, vt tanquam cum institore fuerit contractum: idem esset dicendum in societate particulari inter aliquos inita, quia vt socius obligetur ex contractu socii, necesse est, vt cõtractus fuerit celebratus nomine societatis, vt dixi: & consequenter vt fuerit habitus respectus ad societatem: sed hic versamur in societate omnium bonorum, quæ, vt dixi supra, facit, vt omnia prospera & aduersa inter socios sint communia, & sic ad soluenda debita
17 socii æqualiter † sint obligati, licet contractus non fuerit gestus ratione & contemplatione societatis, sicut supra dixi adducens Crauettam *in d. cons. 159. num 8.* qui adducit Socinum Seniorem in *cons. 291 nu. 1 libr. 2.* vbi dicit societate omnium bonorum supposita, non esse dare aliquod debitum, quod non sit occasione societatis contractum, & quod non sit societati imputandum, nisi proueniat ex delicto vel culpa consocii.

Non obstat quod in contrarium dicebatur; non esse contractam societatem omnium bonorũ, quia nulla fit expressa mẽtio societatis omniũ bonorum. Nam dico pro responsione: fieri mentionẽ societatis omnium bonorum per verba æquipollentia, dum sc. expresse declaratum est in instrumento, quod omnia bona acquisita, & quoquo modo acquirenda, sint communia inter d. fratres. Nihil enim aliud est societas omnium bonorum, quam cõmunicatio omnium bonorum. *l. 1. ff. pro so. 10.* Ergo declaratio ista necessario continet & infert societatem omnium bonorum: id enim satis expressum dicitur q̃ ex natura † verbo- 18
rum colligitur Bart. *in l. vxorem. §. agris legam. de leg. 3. in l. si fidei com. §. meminisse de leg. 1.* Ripa *in l. 1 nu. 53. de vulg. & pupill.* confert text. *in l. Gallus. §. quidam recte.* ibi. *qui ex verbis potest concipi. de lib. & posthum* D. Cæphal. *consil. 68 num. 19. & consil 74. num. 21. & 133. num. 8. & 82. nu. 75. & 135. num. 20. & 150. num. 11.*

Non obstat q̃ dicebatur probanda esse tria ad hoc vt probetur societas omnium bonorum, quæ hic nõ sunt probata, quia argumentum procedit, quando ex solis actib. inter fratres gestis, puta ex communi habitatione, & aliis similibus coniecturis, tacite quis vult probare & colligere societatẽ omniũ bonorum, tunc probanda sunt illa tria requisita, & ita loquuntur Doctores allegati in argumento.

Sed in proposito nostro societas omnium bonorum non probatur ex solis istis actibus & coniecturis, quibus tacite colligitur, sed ex verbis instrumenti expressis, quibus cautum & declaratum est, vt omnia bona acquisita & acquirenda quoquo modo, sint communia inter dictos fratres.

Hæc enim verba important communicationem omnium bonorum, & consequenter societatem omnium bonorum, cum societas omnium bonorum nil aliud sit, quam omnium bonorum communicatio, vt sæpe dictum est.

Non obstat deniq; quod dicebatur, non probari societatem omnium bonorum, qñ vnus solus negociatur. Nam posito, q̃ solus D. Io. Matth. negociaretur, nihilominus † probatur societas omnium bono- 19
rum, vt tradit Crau. *in d. cons. 159 n. 3* adducens Socin. Sen. *cons. 192. n. 2. vers. quin imo. li. 2 & in cons. 160. nu. 6. eod lib.* vbi optime declarat, & respõdet ad doctrinam Baldi *in l. si patruus. C. comm. vtriusq; iud.* dicens illam procedere, quando alter frater qui non negociatur, nihil poneret in commune, & consequenter frater, qui negociatur, præsumeretur donare.

Sed in casu nostro hæc cessant, quia ambo fratres posuerunt in communi omnia bona acquisita & acquirenda, & sic non potest hic locum habere præsumptio donationis.

Præterea, si solus D. Io. Matthæus negocia tractabat, istud erat ex mandato & consensu Gabriel fratris quo sciente & patiente tractabat Consequenter Gabriel est obligatus sicut is † qui præposuit instito- 20
rem tenetur ex contractibus eius *l. 1. ff. & Cod de inst. act.* Castr. *cons. 242. n. 2 libr. 1.* Francisc. Milanensis *decis. 11. num. 51. lib. 1.*

Ex his concludo heredes præfati Dn. Io. Vrcini fideiussoris agere posse aduersus Gabr. & heredes eius, pro consequenda indemnitate; & sic poterunt iudicium non executiuum, sed ordinarium instituere, narrando contractam societatem inter dictos fratres omnium bonorum, vt in dicto instrumento, quod suo tempore exhibebunt.

Item post contractam dictam societatem fuisse contractum debitum, de quo agitur, & pro quo fideiussit D. Io. Vrcin. Item narrando ipso Io. Vrcinium & eius heredes, coactos fuisse soluere vigore dictæ fideiussionis census debitos & promissos annuatim, per d. Io. Matth. & quod secundum iuris dispositionem D. Gabriel teneatur pro dimidia parte, tanquam socius omnium bonorum & vigore conuentionis in d. instrumento factæ, ad soluendam dimidiam partem omnium debitorum, & consequenter etiam debiti huius.

Quare ipsum esse condemnandum, & sic condemnati petent, & condemnatū iuris remediis cogi, ad conseruandos indemnes præfato heredes, tam in futurum, quam etiam ratione pecuniarum, quas hactenus ipsi vel pater, & c. soluit, ex causa dictæ fideiussionis factæ ꝑ d. D. Io. Matth. exprimendo in libello pecuniarum quantitatem hanc ob causam solutam.

Consulo autem Dn. heredibus Io. Vrcini, vt probent publicum & notorium fuisse in ciuitate Foroliuii, D. Io. Matth. & Gabriel. fratres simul communiter vixisse & habitasse, & negotia, mercimoniaq; tractasse, licet Io. Matth. esset administrator & gestor negociorum, ex consensu fratris sui Gabrielis.

Et propterea verisimile esse, quod D. Io. Vrcinius hæc scienerit publice nota, in d. ciuitate Foroliuii.

Nec quicquam refert, si forte verum esset, quod etiā Gabriel aliquid tractaret & negociaretur, sciente similiter & patiente D. Io. Matth. quia sic ipsos ambo præposuisse viderentur, & sic alter ex alterius contractibus † teneretur, vt per Bartol. *in l. tandem. in. 7. quæst. de duob. reis.* & per M. Lanc. *nt. 1. d. ... 11. ... 5. ... 1.* 21

Andreas Fachineus Pisis nomine collega.

Pro Comite de Buti, inquisito de homicidio.

Argvmentvm Consilii XLVI.

De inquisito absoluendo, quia indicia non sint ad torturam sufficientia.

Svmmaria.

1 *Delictum non præsumitur, & actore non probante, reus est absoluendus.*
2 *Spontanea comparitio est indicium innocentiæ.*
3 *Licet quis comparcat citatus.*
4 *Et facit vt reus torqueri non possit.*
5 *Bonæ famæ inquisitus quid operetur.*
6 *Cessante causa delicti, cessat præsumptio delicti.*
7 *Vxoris testimonium non est idoneum.*
8 *Etiam in criminalibus contra Fulgosium.*
9 *Licet mulier possit esse testis in criminalibus, non est tamen integrum eius testimonium.*
10 *Testis vnius vox nil probat.*
11 *Indicium probari debet per duos testes.*
12 *Vnus testis non probat indicium.*
13 *Inimicitia debet probari euidenter per testes.*
14 *Impuberis testimonium quid valet.*
15 *Testibus pluribus magis credendum quam paucioribus.*
16 *Et dignioribus quam minus dignis, masculis, quam feminis.*
17 *Inimicitia non facit indicium ad torturam.*
18 *Trepidatio, variatio & inconstantia, quale indicium faciat.*
19 *Variatio quando nil noceat.*
20 *Et ibi de eodem.*
21 *Fama orta post inquisitionem non nocet.*
22 *Quæ requiruntur ad probandam famam remissiua.*
23 *Indicia non possunt iungi ad hoc, vt locus sit torturæ.*
24 *Indicia ad torturam debent esse approbata.*
25 *Non leuia, nec perfunctoria.*
26 *Sed verisimilia & vrgentia.*
27 *Etiam in atrocissimis.*
28 *Et requiritur semiplena probatio.*

Christi nomine inuocato.

Viso processu, tam informatiuo quam defensiuo Comiti in carceribus detenti & inquisiti super homicidio Benedicti, & consideratis omnibus, cum qua decet maturitate existimo de iure, non alias esse partes Domini Iudicis, quam in absoluendo & liberando dictum Comitem a d. inquisitione, & omnibus in ea contentis, & in restituendo eum ad pristinam libertatem.

Causæ vero multæ sunt vrgentes & perspicuæ, quæ & singulæ & multo magis simul iunctæ rem causam ... reddunt in fauorem dicti inquisiti.

Primum omnium ipse negat in inquisitione contenta vera esse, & nulla est in toto processu informatiuo huius delicti probatio, vel per testes, vel per alios legitimos modos, quam ob rem locus esse videtur regulæ, quod delictum non † est præsumendum, 1 sed probandum, & si non probetur, reus est absoluendus. *leg. in. 1110. ff. pro socio. l. qui accusare. C. de edendo.*

Secundum, quia ipse Comes † sponte comparuit, 2 se ... constituit in carceribus argumentum innocentiæ. Nemo enim est tam insanus, qui si innocens non esset, vel etiam intra carceres includere, vt ... *diligen. ... 04.* Gram. *cons. 61. nu. 14.* ... *cons. 38. ... 2.* Alban. *cons. 94 n. 7* vbi dicit hanc præsumptionem multum valere, & habere secum naturalem rationem & quotidianam experientiam Alciatus *cons. 452. num. 5* vbi inquit, quod sicut lex contra fugientem præsumit *l. lege Cornelia. §. præterea* ... *Syllan.* ita pariter præsumit pro innocentia non fugientium, & sponte comparentium, Cæphalus *con. 187. num. 10.* Roland. *consi. 63. num. 9 lib. ...* M... *card. de proba. lib. 1. conclus. 904. nu. 22 & lib. 3. conclus. 330.*

Et hæc conclusio locum habet, etiamsi † quis fuerit citatus, nam si ante bannum vel condemnationem compareat, dicitur sponte comparere, & innocentiæ præsumptionem pro se habet, Cæpolla *consil. 131. in princ. & n. 2.* Soc. iun. *con. 39 in princ. lib. 1.* Gram. *cons. 42. n. 20* Tob. Non. *cons. 93 nu 13.* Boss. *tit. de mandato ad homicid. n. 25.* Et hæc spontanea cōstitutio tantæ est efficaciæ, vt tollat omnia indicia ita † vt non possit torqueri, vt tradit Bertazolius *consil. 133. num. 7. & num. 11 lib. 1* Mascard. *de probat. libr. 3. d. conclus. 1320. num. 5 & 6. quia alios adducunt.* 3 4

Tertio, quia ex processu defensiuo probatio extat plena & perspicua, ex pluribus testib. bonæ vitæ, conditionis & famæ huius inquisiti: quæ quidem † bonæ famæ probatio tollit omnē delicti præsumptionem, adeo, vt reus torqueri non possit Franc. Casson *de modo & tortura tract. 1. 2. 2. rub. de fama reorum n. 9* Io. Ant. *soliloquio 57. vbi testatur de communi opin* Foller. *pract. crim. v. ... deuentur capitula n. 30.* Matutin. *praxis ... 37.* Bart. Ghir. *inter cons. ... diuers. cons. 160 num 9 lib. 1 & inter eadem cons.* Ronchegal. *cons. 127 num 7.* Horatius 5

Lucius

Lucius *cons.161.nu.50.* Bertazol.*cons.7.nu.29.* Boss.*tit. de inqui sit.num.34.& 36.* Natta *cons.394.nu.37.* Rolan. *cons.96.nu.23.24.lib.2* Hippol.Rimin.*consi.290.nu.12. & 13. libr. 3.* Vulpellus *consil.10.numer.4.* Dn. Cæphal. *cons.721.num.14.lib.5.* Bursat.*cons.90.nu.7.lib.1.& 34. num.19.* vbi de communi.*& cons.166.num.12.lib.2.* vbi etiam de comm. testatur.

Quinto, quia est probatum, istum inquisitum nullam habuisse inimicitiam cum occiso, quin imo fuisse eius amicum, & cum eo solitum conuersari: hoc.n. stante non habuit vllam causam occidendi. Ideo sicut causa delicti subsistente, delictũ præsumitur con-
6 tra aliquem, ita cessante in aliquo † causa delicti, cessat pariter omnis delicti præsumptio, vt voluit Bart. *inter cons.trin diuers.cons.8 nu.8.lib.1.* Follerius *inter eadem cons.cons.138.num.13.* Gramm. *consil. 42.num.10. in fine.* Franc.Casson *de iudic.tract.1.c.9.num.9.* Bertazol. *cons.556.n.20.lib.2.* & hanc esse fortissimam pro innocentia rei præsumptionem scribit Farinacius *de indiciis & tortura.qu.52.num.150.*

Quinto: quia contra d. Inquisitum nihil obstare videtur depositio vxoris occisi, multis de causis: Et primo, quia ipsa est defuncti vxor. Constat autem v-
7 xorem † non posse testimonium ferre pro viro suo, & in eius causa. Gloss. *in l sed si quis.§ præterea. in ver. domesticos.ff.si quis caut.* latissime & ibi Mascard. *de probat. volumin.3.conclus.1421.* & ante eum Anton. Gabriel. *de test.conclus.16.*

8 Et licet in causa pertinente ad publicã † vindictam secus responderit Fulgos. *in consil. 47.* super eo quem secuti sunt Mascard. & Gabriel. *locis supra citatis in fine.* tamen loquitur Fulgosius, quando mulier deponit de iniuria illata marito suo, & sic immediate de ipso delicto, quod non accidit in casu nostro, quanquam & illud responsum Fulgosii non satis iure probetur, & ideo de facili contrarium responsurum quemcunque dixit Iason *in dict. leg. sed si quis.ad finem.* & illud responsum reprobat multis rationibus Farinacius *de testib.quæst.54.reg.4.in fine.*

Secundo, quia licet mulier possit esse testis in cri-
9 minalibus † de iure ciuili, tamen non facit integram fidem, vt conciliando opiniones tradit Farinac. *de testib qu.59.casu 1.num.26.*

Tertio, quia est vnica testis, & nullum habet con-
10 testem. Vox autem vnius † vox nullius. *leg. iurisiurandi. Codic.de testibus.leg. licet. de testibus.* latissime Gabrielius *commun. conclus. titul. de testibus. conclus.1.* Nec deponit immediate de delicto, sed de indiciis remotis ab ipso delicto; vt statim dicam.

Quarto, quia non deponit de visu, nec de ipso delicto immediate, sed de eo, quod si verum esset, faceret indicium remotum, deposuit enim quod maritus suus interfectus fuit in domum dict. Comitis, & fuit cum vxore eius, quam ob causam odio incepit eum habere. Hoc autem est indicium quoddam remotum, & ideo non sufficienter probatum per eius
11 solam depositionem, quia omne indicium † regulariter probari debet per duos testes, Gloss. *in l.fin. in verb. indiciis. Cod.fam. hercisc.* Bartol. *in l.fin. numer.7.ff. de quæst.* Bossius *titul.de indiciis ante torturam.num.5. 18. 19.* Olasicus *decis. Pedemont. 79.numer.16.* Anton.Gomez. *variarum resolut. tomo 3.capit.13.rubric.de tortura. numer.18.* vbi testatur hanc esse communem opinionem. Clarus *§.fin. quæstion.22.in princip.* vbi dicit hoc procedere etiam in crimine hæresis. Et quod vnus
12 testis † etiam omni exceptione maior, non probet indicium huiusmodi Ioseph. Ludou. *commun. opinion. conclus.45, versicul. Indicium autem.* Alexand. de Neuo *consil. 64. numer. 4.* vbi testatur de communi. Natta *consil.42.nu.6.* vbi similiter testatur de communi. Alciat. *cons.465.n.1.* vbi scribit hanc opinionem de iudiciis & scholis esse canonizatam. Mascard. *de prob. vol.1. conclus.461.nu.18. & 19.* vbi ampliat etiam in crimine læsæ Maiest. *& conclus.894.num.1. & num. 4. libr. 2. & conclus.1385. num. 32. lib. 3.* nouissime Farinacius infinitos alios accumulans. *titul.de indic.& tortura. qu.37. num.13.*

Et in terminis ipsius inimicitiæ, quod debeat probari euidenter per plures testes, quia † quilibet præ- 13
sumitur amicus & non inimicus. Grammat. *consil.44. num.8.& decis.34.num.24.* Mascard. *de prob.lib.1. conclus. 19.* D. Tib. Decianus *tract.crim.parte 1.lib.3.cap.25.nu. 29.30.31.*

Quinto his accedit, quia contra depositionem vxoris præfati Benedicti, & depositio pueri filii huius inquisiti. Iste puer interrogatus respōdit: amicitiam fuisse inter patrem suum & d. Benedictum, & quod die præcedente pater ipsius & d. Benedictus iuerunt deambulatum per oppidum. etsi enim impuberis testimonium non valeat, tamen iudicio meo magnum præbet veritatis argum. ex ore enim infantium & lactantium, hoc est, similium puerorum, qui malitia & dolo carent, veritas elicitur, & scribit Igneus *in l. excipiuntur.nu 37 ff ad Syllan.* ex testimonio filii † impube- 14
ris 12. annorum detectum fuisse homicidium & plura alia refert Clarus *qu.24.vers. vidi.* & quando veritas aliter haberi non potest, quod pupilli testimonium valeat, quando ex officio iudicis examinatus est, & tradit Mascard. *de prob.vol.3.conclus.1246.n.7.*

Sed & sexto loco confunditur mulieris testimoniũ ex quatuor testib. examinatis, ad defensam ipsius inquisiti, qui deponunt de amicitia & familiaritate continuata inter ipsum inquisitum & occisum, assignantes optimas rationes, vt videre licet ex processu: itaq; dubitare non oportet, quin dictum vnius testis conuincatur ex depositione aliorum testiũ plurium numero, & digniorũ, & qui nullum habent interesse in causa, nullamq; patiuntur exceptionem. Etenim magis credendum † est testib plurib. quam pauciori- 15
bus. *l.ob carmen.§ si testes.ff.de testib.* Ant.Gabriel. *libr. 1. commun conclus.tit de testib.conclus 4.num.50.*

Et magis creditur † dignioribus, quam minus di- 16
gnis & magis viris, quam mulieribus idem Gabriel. *vbi supr.num.34.& nu.38.*

Deniq; & ipsa inimicitia euidenter probata, facit indicium tantummodo ad inquisitionẽ, non autem ad † torturam, secundum veriorem & cõmuniorem 17
sententiam, de qua fidem facit Bursat *cons 20.nu. 18. lib.1.* Mascard. *de probat. lib.2.conclus.901 num.6.& seq.* Menoch. *de præsumpt.lib.1.q.89.num.51.* vbi non solum de recepta, verum etiam de seruata opinione testatur, sicut etiam Eugenius *consil.27.num.19.* & nouissime Farinacius *de indiciis & tortura. qu.49.nu.82.*

Non obstat supradictis quædam variatio, ac titubatio vxoris huius inquisiti, quia examinata variare & trepidare visa est. Namq; considerandum est primo, eam esse mulierem natura timidiorem, quam sint viri, vnde non potest in hoc fieri vllum fundamentum. Refert enim Clarus *§ fin.quæst 21.versic.ceterum.* quosdam ita trepidos esse coram iudicibus, vt nesciant quid loquantur. Idem tradit Nouellus *reg. 143.* & Paris de Puteo *de syndicatu.in verb. tortura.cap.5. viso de indiciis indubitatis.num.7.*

Sed quod ad rem nostram facit, non est hæc trepidatio, variatio & inconstantia in ipso reo principali, de qua Doctor. loquuntur, concludentes, eam h. ce-

 re in-

re indicium ad inquisitionem, non autem ad tortu-
28 ram, vt † per Farinacium *tit. de indic. & tortura. quæst. 52. num. 45 & seq.* sed in muliere fuit reperta, quæ examinata fuit pro informatione curiæ, vnde nihil habet commune cum nostro inquisito.

Præsertim considerando, quod ipsa quoq; mulier
19 variando id † facit in continenti per modum correctionis, vt patet ex eius examine in processu, quo casu nihil nocet variatio. *argumen. cap. præterea. de testibus.* Roman *consil. 59. colum. fin.* Ossascus *decis. Pedem. 79. nu. 18.* Nouell. *tractat. ad defensam. rubric. an inducta pro reo danda sint. num. 54* Bertazol. *consil. 60. num. 14. lib. 1.* & Claudius *ibidem in additione. liter. A* vbi loquitur, quando correctio fit in eodem constituto. Bonacossi *commun. opin. crimin. parte 1. ver. indicium facit ad inquirendum mendacium verfic. & an in continenti se correxerit.*

Et in terminis testis varii & corrigentis se ipsum, Farinacius *tractat. de testibus 1. tul. de oppos. contra dicta testium. quæst. 66. numer. 32.* vbi docet ex multis, varietatem huiusmodi quæ ex errore, vel ignorantia seu obliuione procedit, testibus non nocere.

Huc accedit, quod variatio etiam in ipso reo principali, ad hoc vt noceat, debet esse circa ipsum deli-
20 ctum, non circa † eius circumstantias & qualitates. Ossascus *decis. 70 num. 17. 18.* Roland à Valle *consi. 3. nu. 53. lib. 3.* Nouell. *tractat. ad defensam. rubric. an inducta pro reo danda sint. num. 56.*

Nec etiam obest inquisitio famæ, de qua aliqui testes, duo scilicet deponunt, quia orta fuit hæc fama post inquisitionem, vt dicit vnus ex dictis testibus, quod videlicet dicatur fuisse occisorem Benedicti hunc comitem quoniam eius domum adiuerunt officiales curiæ, & bona sua descripserunt. Fama e-
21 nim orta † post inquisitionem nihil operatur. Grammat. *consil. 4. num. 9. & voto 34. num. 17.* Carrer. *de indic. & tortura. in 2. indic. te. num. 12. & nu. 17.* Tobias Nonius *consil. 99. numer. 29.* Bursat *consil. 20. nu. 27. & consil. 24 nu. 0* & plures alii quos refert & sequitur nouissime Farinacius *tit. de indic. & tortura. quæst. 47. numer. 16.*

22 Vt omittam plurima † alia requisita, ad probandum famam, quæ hic non concurrunt, & referuntur à Dn Farinacio. *ibi à numer. 208. vsque ad numerum 267.*

Non possunt etiam in casu nostro hæc imperfecta indicia simul iungi ad effectum torturæ inferendæ:
23 Etenim indicia simul iungi † nō possunt ad torquendum reum, nisi sit vnumquodque indicium in suo genere perfecte probatum. Marsil. *consil. 100. num. 51. & consil 85 numer. 22.* Ioan. de Amicis *consil. 7. num. 27. & consil. 127. numer. 24. & 25.* Tobias Nonius *consil. 99. nu. 30* Eugenius *consil 61. nu. 61.*

In casu autem nostro nulla sunt indicia, & quicquid suspicionis oriri potest, illud imperfectissimum est, quia si loquamur de vxoris interfecti depositione, illa patitur infinitos defectus, tantum abest, vt sit in suo genere indicium perfectum; si vero consideremus depositionem vxoris huius inquisiti, nihil sine video alicuius momenti, quod ex illius depositionibus colligi possit, in præiudicium inquisiti, siquidem mulier pauida & vacillans, in iis quæ non pertinent ad causam principalem, & suæ variatio: is legitimas causas habens, nullo modo potest officere huic inquisito, homini bonæ famæ, & qui nullam cum occiso habuit inimicitiam.

Concludo ex præmissis reum esse absoluendum, quia nec confessus, nec conuictus est, nec tot argumentis & indiciis oppressus, vt torturæ subiiciendus sit, quoniam indicia ad torturam debent esse à iure approbata, nec † iudex potest noua indicia induce- 24
re & formare ex suo capite, Marsilius *§. diligenter. numer. 30.* Ossascus *decision. Pedemont. 79. numer. 57.* Roland. *consil. 3. numer. 37. libr. 3. consil. 57. numer. 31. libr. 4.* Franciscus Becius *consil. 85. numer. 1. & num. 21.* Eugenius *consil 17. num 67.* Hippol. Riminald. *cons. 361. num. 53. lib. 4.*

Nec leuia indicia sufficiunt aut perfunctoria, vt dicitur, & quæ pluribus modis interpretari possint, nec est eundum † per ambages in tanto discrimine, 25
vt respondit Bald. *consil. 402. libr. 5.* Natta *consil. 42. num. 1. & 298 num. 13.* Roland. à Valle *consil. 24. num. 24. lib. 1.*

Et ratio est, quoniam agitur de irreparabili præiudicio, vt dixit Marsilius *in §. diligenter. num. 29. & cons. 20. nu. 17.*

Ideo indicia debent † esse tam verisimilia & vr- 26
gentia, vt sola rei confessio deesse videatur, vt dicebat Gandinus *tractat. malefic. tit. de quæstionibus & tormentis.* & sequitur Alexand. *cons. 133. nu. 17 libr. 7.* Crauet. *cons. 6. num. 12.*

Quod procedit etiam in atrocissimis † crimini- 27
bus, puta † in crimine læsæ Maiestat. vt docet Gloss. communiter recepta, *in leg. si quis alicui. Cod. ad l. Iul. Maiestat.* Marsil. *singul. 117.* Ossascus *in sæpe citata decis. 79. num. 14.* Rolandus à Valle *cons. 12. nu. 32. lib. 3* Decius *cons. 67. nu. 14* vbi alios citat.

Denique semiplenam † probationem delicti esse 28
necessariam & communiori & veriori sententia scribit nouissime Farinac. *de indic. & tort. quæst. 36 num. 219. & 224.*

Consideret ergo prudens Iudex, & ii excellentissimi viri, quibus incumbit huius causæ discussio, an stante bona fama inquisiti, spontanea eius comparitione, alacritate & constantia in respondendo interrogationibus, amicitia cum homine occiso, quod illa nocte quo fuit occisus domi suæ erat, & ibi dormiuit cum vxore sua, quod domi suæ nulla visa est innouatio, nulla alteratio: quomodo possit torturæ subiici, stante vnius mulierculæ vxoris ipsius interfecti depositione, quæ non de ipso delicto est, verum de indicio remoto, scilicet odii & inimicitiæ, quæ nullum habet contestem, nullam aliam probationem, quæ pluribus testibus confunditur deponentibus de amicitia: Ego certe nullam video causam, & ideo vt initio dicebam, plane existimo absoluendum esse & relaxandum ex carceribus. Saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Pisis, nomine Collegii.

Pro Nobilibus Dominis Monsignanis Foroliuiensibus.

ARGVMENT. CONSILII XLVII.

De clausula testamento adiecta, volo quod bona mea conseruentur in agnatione, an importet absolutum fideicommissum in casu mortis.

SVMMARIA.

1 *Conditio semel deficiens, non reuiuiscit.*

2 Sub-

2 *Substitutio locum non habet nisi in casibus expressis.*
3 *Casus à testatore omissus remanet in dispositione iuris communis.*
4 *Testator quod non loquitur, nec velle præsumitur.*
5 *Conditio voluntaria non extenditur de casu ad casum.*
6 *Testator eatenus dicitur velle in agnatione sua bona remanere, quatenus disposuit.*
7 *Filia fœminæ sunt de agnatione.*
8 *In fideicommissis magis voluntatem sequi debemus quam verba.*
9 *Fideicommissum ex coniecturis inducitur.*
10 *Verborum interpretatio nusquam tantum valet, vt melior sensu existat.*
11 *Masculorum vocatio arguit testatorem voluisse bona conseruari in agnatione.*
12 *Ratio naturalis sufficit, vbi deficit lex.*
13 *Eadem regula confirmatur.*
14 *Quem non honoro, nec onero.*
15 *Filii in cōditione positi sub qualitate masculinitatis censentur vocati.*
16 *Familiæ dignitas conseruatur diuitiis.*
17 *Quando sufficiat conditionem impleri per æquipollens.*
18 *De eadem re.*
19 *Extensio non fit de persona ad personam.*
20 *Sed contra ibi.*
21 *Qualitas masculinitatis inducit fideicommissum.*
22 *Causa est generalior dicto, & illud extendit.*
23 *Agnationis fauore inducitur fideicommissum, vbi causa agnationis est expressa.*
24 *Pro expresso haberi debet quod testator disposuisset si fuisset interrogatus.*
25 *De clausula volo quod bona mea remaneant in agnatione.*
26 *Fideicommissum quibuscunque verbis inducitur.*
27 *Fideicommissum in rem scriptum quod.*
28 *Vbi testator voluit bona remanere in agnatione & familia omnes censentur de restituendo grauati.*
29 *Fideicommissum inductum dicitur in fauorem agnationis quādo testator voluit bona remanere in agnatione.*
30 *Verba in testamentis non debent esse superflua.*
31 *Oldradus cons. 21. declaratur.*
32 *Et ibidem.*
33 *Et ibidem.*
34 *Et ibidem.*
35 *Casus omissus quando non habeatur pro omisso.*
36 *Testator quando videatur tacite aliquid voluisse.*
37 *Conditione in voluntaria fit extensio ex mēte testatoris.*
38 *Voluntas cui verba non deseruiant quando sit inutilis.*
39 *Extensio fit, vbi est eadem ratio.*
40 *Deficiente primo gradu substitutionis alii ab eo dependentes corruunt.*
41 *Cephalus cons. 17. declaratur.*
42 *Dictio etiam est ampliatiua.*
43 *Testator non præsumitur in continenti se corrigere.*
44 *Dispositio facta in fauorem agnationis fœminas nō comprehendit.*
45 *F[illegible] [illegible]missum viget in fauorem agnationis licet conditio liberorum non eueniat.*
46 *In dubio pronunciandum est in fauorem agnationis.*

Christi redemptoris nostri præsidio ex corde inuocato.

CVm ius ex facto oriatur, *l. si ex plagis. §. in cliuo. ff. ad legem Aquil.* adeoque, vbi illud incertum est, non potest causa certo iure definiri. *l. quamdiu. C. qui admit.* Dec. *in l. precib. n. 3. C. de impub. & aliis subst.* & ob id dicebat Bald. per Dec. *vbi supr.* relatus *cons. 12. quidam nomine Angelutius. volum. 2.* quod secundum diuersitatem punctorum, diuersum redditur consilium. Nec immerito, quandoquidem diuersitas facti, iuris diuersitatem inducit, *l. interpositas. C. de transac.* Paris. *cons. 99. n. 39. vol. 3.* vnde cum satis perdifficile sit, aliquid terminare antequam quæstionis termini intelligantur, *iuxta text. in l. Domicius Labeo. ff. de testa.* ideo vt responsum congruum afferri possit *l. vt responsum. C. de transact.* insero facti speciem. Reuerendus admodum I.V.D. Do. Alex. Monsignanus, suum vltimum condidit testamentum, in quo Euangelistam eius fratrem pro vna parte, Petrum Franc. & Marcum Antonium fratres in simul, ipsius testatoris nepotes ex Sebastiano prædicti testatoris fratre, pro alia. Paulumq; similiter d. testatoris ex Io. fratre nepotem pro alia, in stirpes pleno iure, sibi vniuersales heredes instituit, eosque inuicem vulgariter, pupillariter & per fideicommissum substituit. Subiungens, si vnus eorum absq; filiis masculis decesserit, ꝙ bona sua perueniant ad alios superuiuētes in stirpes. Subdens, & expresse volo, ordino & dispono, quod bona mea remaneant in agnatione mea, vt familia mea conseruetur, quia sic mihi placuit, volo & placet. Testatore diem functo. Euangelista frater, heresq;, condito testamento decessit, in quo Bernardinum eius superstitem filiū ex asse fecit heredem, huicq; absq; filiis legitimis, aut ab intestato decedenti, vulgariter, substituit, & iure fideicōmissi succedere voluit, dominas Gineuram, Lactantiam, & Liuiam eius filias æqualiter si viuæ erunt, & si secus, earum filios in stirpes. Bernardino absq; filiis & testamento ab humanis sublato, de & super bonis ac hereditate prædicti domini Alex. inter eius heredes, vt supra præmittitur, substitutos, substitutioniq; ac fideicommisso locum esse asserentes, ex vna, & filias Euangelistæ illud non esse verum prætendentes parte ex altera: oritur altercatio, quæ partium modo iustius induat arma, quæritur.

Visa, diligenterq; pro viribus meis considerata facti serie, animaduersisque testamenti verbis, eo altercationis summa reducitur, verum fideicommissum Euangelistę absque liberis masculis decedenti iniunctū, eo defuncto superstite Bernardino filio, expiret.

Et profecto prima cōsideratione videbatur dicendum quod sic, ex eo, quia cum substitutio de qua in proposito casu, facta per testatorem appareat Euangelistæ fratri si decederet sine filiis masculis, & ipse mortuus fuerit superstite Bernardino filio, procul dubio videtur, ꝙ substitutio facta in defectu eorum, locum habere non possit, cū fuerit per eius existentiam extincta, & ob id, licet Bernardinus ipse ab hoc sęculo fuerit absque filiis digressus, non per hoc † conditio semel defecta reuiuiscit, ita in terminis Oldr. scribit, (qui merito tempore suo pater legum dici potuit, 2
& ita nuncupabatur, vt tradit Paul. de Castr. *in l. si quis putat. in fin. ff. de acqu. hered.*) *cons. 21. thema tale est.* vbi inquit, ꝙ substitutio facta aliquibus si absq; liberis decedant, non vendicat sibi locum in personam illius, qui relictis sibi superstitibus filiis decessit, quicquid de eis postea contingat, per tex *in l. cum vxori. cum aliis ibi per eum deductis. C. quando dies leg. ced.* Idem tradit Io. Andr. *in addit.* Spec. *in tit. de testa. §. 1. in vltima addit. in fi.* quem sequitur Paul. de Castr. *in l. ex facto. § penult. ff. ad Trebel. & in cons. 325. n. 3. ver. idem dicendum est, vol. 1.* Dec. *cons. 95. n. 8. vers. & hoc idem comprobatur. & in cons. 287. num. 1. & in cons. 511. eod. num. 1. & 513. eod. num. in fin. & in cons. 635. num. 16. & in cons. sequenti. num. 5 & alibi sæpe. vt* habetur per Rip. *in l. centurio. n. 168. ff. de vulg.* Soc. iun.

conſ.163.num.1.vol.2. Pariſ.*conſ.14.num.10.& in conſ.31. num.1 & in conſ.86.eod.num.1.& 2. & in conſ. ſequenti. num.4. & 5. & in conſ.89.num.13. vol.2.* Natta *conſ.191. num.7.& in conſ.200.eod.n.7.vol.1.*

Confirmatur præmiſſa concluſio ex eo, quia in
2 ſubſtitutionibus regula eſt, illam niſi in caſibus † in ea comprehenſis locum non habere, adeoque ſemper dici poteſt, hic caſus non eſt cōprehenſus in verbis ſubſtitutionis, igitur non habet locum ſubſtitutio, hanc regulam firmat Socin poſt alios quos ibi allegat *conſ.62.num.4.ad fin ver.& in primis, & in conſ.ſequenti, num.14.& in conſ.69.num.4.ver. regula enim eſt. & in conſ.104.num.8.ver.ſed premiſſis minime obſtantib. volum.3.* quem ſequitur Rub.*conſ.120.num.5.verſ.poteſt adduci illud vulgare.* Pariſ.*conſ.4.num.24.volum.3.* Socin. iun.*conſ.180.num.1.vol 2.& in conſ.4.num.13.volum.3.* Crauet.*conſ.161.num.16.* Itaque cum inſpecto toto capitulo ſubſtitutionis hic caſus non reperiatur comprehenſus, igitur non habet locum ſubſtitutio.

Comprobatur prædicta concluſio item ex alio,
3 quia caſus à teſtatore † omiſſus remanet in diſpoſitione iuris communis. *l.ſi cum dotem.in prin. ff.ſol. matrimon l.commodiſſime ff.de lib & poſth. l ſi extraneus. ff. de cond.ob cauſam.* Alexan.*conſ.130.in princ.vol.2.* Dec *conſ.314.num.2.& in conſ.480.num.7.& alibi pluries.* Pariſ. *conſ.53.num.7.vol 3.* Vnde cum caſus qui euenit fuerit à teſtatore omiſſus, merito pro omiſſo eſt habendus, in eoque ſtandum videtur iuris communis deciſioni, *d.l ſi cum dotem, cum aliis ſupra deductis ff.ſolut. matr.l ſi ita quis, §.is cui.ff.de leg.2.* & tradit Pariſ.*conſ 1.num.17.& in conſ.11.n.8.& in conſ.66.n.3.& in conſ.63.n.8.vol.3.& in conſ.75.n.41.vol.2.*

Suadentur prædicta ex eo, quod voluit Bald. *in l. vnica.§ ſin autem ad deficientis. in princ.per illum text. C.de cad.tol.* vbi, inquit, nota, quod quis † nō loquitur, nec
4 velle præſumitur, ſequitur Dec.*conſ.63.num.3.ver.vnde illud.& in conſ 89 num.2.& in d.conſ.287.nu.7.* Rub. *conſ.2.num.4.* Bero.*conſ.84.num.52.vol.2.* Cæphal.*conſ. 114.num.8.vol.1.* & tradit Pariſ.*conſ.3 num.18.& in conſ. 39.num.3.vol.3* idem Cæph.*conſ.46.num.18.vol.ſupra dicto.* Vnde cum de hoc caſu nihil fuerit locutus teſtator, ob id nec eum voluiſſe cenſetur, argum.text. *in l.Labeo. ad fin. verſ. & quidem non arbitror.ff. de ſuppellect. leg.*

Vltimo corroboratur firmata concluſio ex eo,
5 quia † vbi conditio per teſtatorem appoſita eſt voluntaria, tunc illa non extenditur de caſu ad caſum, vt tradit Dec.*conſ.290.nu 3.verſ.prima dubitatio,* quinimo formiter attendi debet ſecundum quod à teſtatore exprimitur, vt not.Bart.*in l.Gallus §.& quid ſi tantum.num.2.ad fin.verſ.ſed quando apponitur conditio voluntaria.ff.de liber.& poſthu.* ſequitur Dec.*d.conſ.63.num.3. ver.& quia conditio iſta.& in d.conſ 89 num.2.ver.& quia conditio appoſita.& in conſ.128.nu.179.inter conſ.* Socin. iun.*inſerto vol.1.* Pariſ.*conſ.74.num 6.volum.3.& in conſ. 138 num.5.in fin.volum.4.* Bero.*conſ.57.num.51.volum.3.* Cæphal.*conſ.184.num.2.vol.1.* Sed conditio in caſu de quo quæritur, per teſtatorem appoſita eſt voluntaria, iuxta tradita per Socin.iun.*d.conſ.4.num.22.vol.3.* Ergo, &c.

Et ita ſecundum hanc concluſionem conſuluiſſe videntur Alexan.*conſ.139.circa primum dubium. vol.6.* Cæphal.*conſil.17 volum.1.* Socin.iun.*d.conſil.4.vbi num. 15.in fin.* ait, quod hæc concluſio ſibi indubitata videtur.

Nec prædictę concluſioni obſtare videtur, ſi quiſpiam diceret, quod imo, quoad omnes inductum videatur fideicommiſſum, vt ſonare videntur illa verba ſtatim poſt per teſtatorem ſubiuncta, videlicet, & expreſſe volo, ordino & diſpono, quod bona mea remaneant in agnatione mea, vt familia mea conſeruetur: quia ad illud multipliciter reſponderi poſſe videtur, & primo, quod verba iſta reſtringuntur ſecundum præcedentia, videlicet, caſu quo ſubſtitutio ſuperius facta habuiſſet locum, alias ſequeretur, quod verba hęc inducerent fideicommiſſum in heredibus cum filiis decedentibus, quod non eſt dicendum per prædicta.

Secundo reſponderi poſſe videtur, quod teſtator eatenus † voluit bona remanere in agnatione & fa- 6
milia, quatenus ſubſtituit, ita Socin.inquit, *d.conſ.62. num.10.verſ.nec obſtare etiam poteſt quarta ratio, vol.3* ſequitur Rub.*d.conſ.120.ad fin.*

Vel & tertio reſponderi poteſt, quod & ſi bona ex teſtatoris voluntate remanere debent in agnatione & familia, non per hoc iſtæ mulieres ab eis videntur excluſæ, cum & ipſæ dicantur de agnatione † & fa- 7
milia, et ſi in alienas familias ſint nuptæ, vt eſt text *in l.voluntas.* & ibi Bald. & Paul.de Caſtren. C *de fideicom.* per quem ita Pariſ.concludit, *conſ.23.num.45 volum.1.* poſt eundem Paul.Cor.Socin. Curt. & Alexan. *in locis de quibus ibi per eum.* quod ipſum alibi ſæpiſſime admittant alii, vt eſt videre *per* Deciſ.Pedem.*127.in prin. verſ.2. pro eadem muliere,* quos non tranſcribo. quibus accedat Grat.*conſ.67.in princ vol 1.*

His tamen & ſimilibus quæ in contrarium opponi poſſent minime obſtantibus, contrarium de iure verius, æquius, magiſque teſtatoris voluntati conueniens arbitror. Et vt clare procedatur ſubiiciam hanc concluſionem, videlicet, quod Bernardino abſque filiis ſublato, cum adhuc etiam locus eſſet fideicommiſſo, non potuit Euangeliſta pater, de bonis etiam hoc caſu fideicommiſſo ſubiectis ita diſponere, prout ad beneficium filiarum ſuarum diſpoſuit, etiam ſi ſuperſtite eo, vitam cum morte commutaſſet.

Ad quam concluſionem ita firmandam moueor ex ea iuris vulgata regula quæ habet, quod in ſubſtitutionibus, & præcipue fideicommiſſariis, teſtatoris voluntatem † magis debemus ſequi, quam verba *l* 8
pater Seuerinam.in princip. & in §.conditionum verba.ff de cond.& demonſtr. l. heredes mei. §.cum ita.ff. ad Trebell. l.fideicommiſſa.§.item ſi quis.ff.de leg.3.l.penul.ff.de leg.1. & eſt text. fortaſſis melior de iure, *in l. quiſquis mihi alius filius.ff.de verb.ſignific.* vbi dicitur, quod cum Labeo videretur verborum figuram ſequi, Proculus autem teſtatoris mentem, proculdubio, inquit ibi Iuriſconſult. Labeonis ſententia non eſt vera. Iſtudque adeo verum eſt, quod & ſi verba omnino non ſufficiant, coniecturata tamen mens ac voluntas admittitur, & quæcunque eorum indicia. *l cum proponebatur. in fin. ff.de leg.2.l.vnum ex familia.§.fin.l.qui ſolidum. § 1.eod.tit. l.fideicommiſſa.§.hæc verba l. Pamphilo.in princ.* & quod ibi Bart.*ff.de leg.3.l licet Imperator* ibique Bart.*ff.de leg.1.* & ob id dicebat Alexan *conſ.100. viſa parte teſtamenti. num.5.vol.4.* quod materia fideicommiſſorum taliter eſt in voluntate defuncti fundata, quod quibuſcunque verbis † coniecturis ſeu præſumptionibus 9
poteſt apparere, ſufficit ad inducendum fideicommiſſum, de quo meminit Iaſ. alia ad propoſitum cōferentia adducendo, *conſ.52.col.4.per totam.vol.3.* Hinc iura dicunt, quod in fideicommiſſis voluntas potius quam verba inſpicitur, *l.cum virum.verſ.ſane.C de fideicommiſ.l.vbi pure.§.te rogo.verſ.nec verba.ff.ad Trebell.l.3. §.conditio.verſ.ſed melius eſt.ff.de adimen. leg.* per quæ ita Dec.inquit, *conſ.15 num.2.verſ.& iſtud eſt. & in conſ.33. num.1.ver.& hoc eſt, quod iura dicunt.& in d.conſ.89.nu 1.*

& ali-

& alibi sæpe. Paris. cons.53.num.17.vol.3. Ideoque dicit alibi text. in l. cum quæstio. in fin. C. de leg. quod in omnibus, voluntas est illa, quæ dominatur, & merito, cum totum faciat, l. ex facto. la grande. ad med. ff. de hered. instit. etiam contra verba ipsa, d. § cum ita. cum simil. per Iason ubi supra vers. secundo principaliter facit, cumulatis, quibus accedat illud, quod not. Bald. in l. quoniam indignum. in 2 not. Cod. de testa. & quod voluit glos. in c. præterea, in gl. fin. ad med. multa iura ad id adducendo, extr. de verb. sign. ubi inquit, quod verba à sua significatione cadunt, cum res de qua agitur aliter salua esse non potest. Quapropter voluntas hæc (cum in testamentis ab ea gubernari ac regi conditiones scriptum sit, l. in conditionib. primum locum. in princ. ff. de conditio. & de. nonstr.) merito in primis attendenda est, d. l. in condit. in princ. & tradit Ang cons.168. testamentum. in princ. Dec. d. cons. 15. eod. num. 2. vers. ad cuius rei. & in cons. 182. num. 3. dato quod verba aliud facere possint, ut voluit idem Angel. consil. 192. Pierus olim Tagrini. num. 2. Vbi enim testatoris sensus est manifestissimus, verborum † interpretatio nusquam tantum valet, ut 10 melior sensu existat, inquit text. multum eleganter in l. 3. C. de liber præter. & tradit Socin. iun. cons. 172. num. 9. volum. 2. & in consil. 39. num. 52. & in consil. 129 num. 30. volum. 3 & bene siquidem verba intentioni, non verbis intentio deseruire debent, d. c. præterea. c. marcion & basili. 1. quæst. 1 c. retulerunt. de consecrat. distinct. 4. cum similib. per Ias. ubi supra adductis & tradit Paris. consil. 72. num. 64 volum. 4. Socin. iun. d. cons. 39. num. 51. & in cons. 75. num. 33. & in cons. 122. num. 39. volum. 1. Et quoniam sicuti anima præfertur corpori, ita sententia verbis, c. 1. de dolo. in princ. 38 4 distinct. ob id lex semper sequitur vestigia voluntatis testatorum, sicut canis Leporem l. quidam cum testamentum ad med. in princ. & quod ibi Bald C. de necessar. ser. here. inst. sequitur Dec. d. cons. 17. vers. & istam voluntatem testatoris. Socin. iun. consil. 110. num. 11. volum. 3. & alibi sæpe alii. Nec iniuria, quoniam dum proprietas verborum attenditur, plerunque sensus veritatis amittitur, inquit multum egregie text in d. c. præterea in fin. Vnde, cum de mente ac testatoris voluntate constare potest, omnis verborum rigor & forma prostergari debet, ita singulariter inquit Angel. cons. 122. bene & egregie. in princ. quem sequitur Socin. iun. d. cons. 110. n. 13. & alibi sæpissime vol. 3.

Fundamento hoc verissimo & communi ita stante, reliquum est ex verbis ipsius testamenti ostendere voluntatem testatoris, ad hûc, quem postea contigit, casum pertinere, quod ipsum mea quidem sententia ex multis colligitur apertissime, si recte verba, testatorisq; dispositio considerentur: pro cuius quidem rei inuestigatione in primis animaduertendum est, quod cum testator masculos semper tum in institutione, tum etiam in substitutione prætulerit fœminis illis tunc temporis testamenti extantibus, quibus certum quid iure legati & omni meliori modo 11 reliquit, ut in eo legitur. Itq; † nulla alia ratione factum videatur, nisi, ut masculinitati, familiæ, ac agnationi suæ, quæ per masculos tantum cõseruatur, prouideret, ut expresse concludit Dec. d. cons. 15. col. 2. ibi, secundo principaliter moueor. & in cons. 270. col. 2. vers. circa primam conclusionem, & alibi sæpe. idem tradût Barb. cons. 52. circa n. 3. vers. istis modo præsuppositis. & nu. 11. vers. quod autem fuerit fauor agnationis, & per totum fere illud consil. inter consilia Alex. vol. 4 Socin. cons. 63. n. 14. vers. ex quo datur intelligi. vol. 3. & in cons. 51. n. 22 vers. & inter alia assignat ratio item. vol. 4. Paris. cons. 57. nu. 8 & ex sequenti. & in cons. 77. n. 14. & in cons. 90. n. 15. vol. 2. & in cons. 50. n. 19. c. 29. & in cons. 53. nu. 28. vol. 3. Socin. iun. cons. 188. in princ. vol. 2. & in d. cons. 4. num. 5. ad medium. vol. 3. Grat. cons. 89 in princ. vol. 2. Bero. cons. 77. n. 5. & in cons. 95 n. 3. & in cons. 102. n. 19. vol. 2. Ceph. cons. 134 n. 11. vol. 1. Istudque comprobatur ex eo, quod in simili Doct. not. de statuto, quod extantibus masculis fœminæ non succedant, ut per Io. Andr. in addit. Spec. in tit. de success. ab intest. supr. rub. in 1 addit. ibi, & est sciendum, quem sequuntur supr. dicti patres, ubi supr. & tradit Ang. cons. 285. inaduertentia statuentium. n. 2. & alibi sæpissime alii, ut videre licet per Brun. tract. quod stanti. mas. in 3. principali articulo. Cuius quidem prouisionis effectus, cum citra fideicommissi inductionẽ etiam in filiis institutorum ac omnibus aliis, in quibus familia seu agnatio conseruatur effectũ sortiri non possit, merito dicendum est, quo ad omnes, & sic hoc casu, etiã inductum esse fideicommissum, ad tradita per Paris. d. cons. 50. nu. 20. volum. 3. Siquidem in fideicommissis, qui vult consequens, censetur velle omne necessarium antecedens ad illud, l. ad legatum. l. ad rem mobilem. ff. de procur. l. illud. ff. de acq. hered.

Suadentur prædicta ex eo, quia si testator ob familiæ & bonorum in ea conseruationem voluit grauare fratrem, multo magis est præsumendum, quod voluerit grauare nepotem, arg. l. si vina matre. C. de bonis mater. Cuius quidem rei, & si † naturalis ratio satis 12 de se fidem faciat, quæ, ubi deficit lex, sola ad dubia explicanda sufficit. l. scire oportet. §. consequens. vers. cuius fidem ff. de excus. tut. l. cum ratio. in princ. ff. de bon. damnat. & tradit Crauet. cons. 31. nu. 5. adeoque dixit alibi Angel. consil. 275 ex themate. ad fin. & in consil. 367. in quæstione vertente inter illustres principes. num. 5. vers. incitatur. nu. 10. de quo meminit Ias. corrupte † tamen eum 13 allegando, in l. illam. C. de collat. num 10. quem sequitur Rip. in l. eadem. 4 §. Cato. n. 7. in fin. ff. de verb. oblig. quod ubi naturaliter aliquid sentimus in nobis, quærere legem, nihil aliud est, nisi infirmitas intellectus: attamen non omitto, quod istud clare colligitur ex dictis Bart. in auth. ex causa. num. 7. C. de liber. præt. ibi. si enim filium suum, qui erat in primo gradu grauauit legatis, multo magis est præsumendum, quam grauasset nepotem, qui erat in ulteriori. Hoc ipsum admittunt Roman. consil. 66. ad fin. ibi. quarto quia si testator. Anch. cons. 151. numer. 5. vers. & æquum est ita sentire. Dec. cons. 218. num 8. ibi. & in prædictis decisionibus considerandum est. & in dict. consil. 287. num. 3. versic. nam sicuti testator substituit decedenti sine filiis. & in consil. 191. versic. secundo præmitto regulam, sub num. 6. & in consil. 377 num. 1. ad fin. ibi, non obstat si diceretur. Socin. Iun. d. cons. 180. num. 17. & alibi sæpe alii. volum. 2.

Et si quis instaret, inquiens, esto, quod testator voluerit grauare † nepotem, attamen non potuit, 14 quasi eum non honorauerit, iuxta l. ab eo. C. de fideicom. l. 1. in fin. C. commun. de leg. l. plane. la 2. §. fin. ff. de leg. 1. l. sed etsi sic. in fin. ff. de leg. 3.

Respondetur, quod imo eum grauare potuit, cum ponendo illum † in conditione sub illa qualitate 15 masculinitatis, eum videatur vocasse, & per consequens honorasse, ad tradita per Dec. in l 1. numer. 16. quem ibidem sequitur Curt. Iun. num. 14. versic. aliam singularem fallentiam, ubi sæpius se ita consuluisse attestatur, &, prout infra in tertio fundamento dicetur, consuluit. C. de pact. & tradit Socin. Iun. d. cons. 110. nu. 23. volum. 3.

Præterea & secundo loco, præmissa voluntas in casu isto suaderi videtur, quandoquidem cum in terminis huiusce cõditionis magis effectus, quam forma fuerit per testatorem consideratus, quod satis clare deduci-

deducitur ex eo, quia, vt supra dictum est, prudentissimus iste testator studens, prout vnusquisque facit, conseruationi agnationis seu familiæ suæ *l. pronunciatio. §. communi iure ff. de verbor. signific.* animaduertensque † eam male absque diuitiis posse conseruari, *arg. text. in l. 1. §. quamuis ver. publice enim interest. ff. de ventre inspiciendo. & in §. cæterum. in princ. ver. quod ita constitutum est. in Inst. de leg. agnat. success.* Sciensque illam masculis, & non fœminis ad alienas domos migrantibus, conseruari, vt cōcludunt omnes *vbi supra*, quinimo in eis finiri & terminari. *§. fin. in fin. in Instit. de pat. potest. §. 1. in Inst. de leg. agn. tut.* quibus ita concludit Crot. *cons. 6. num. 17.* & est text. apertus. *in d. l. pronunciatio. in fin.* Ideo, vt honori ac decori illius, qui per diuitias in ea conseruatur, consuleret, vt tradit Barb. *d. cons. 52. num. 4. & in cons. 14. scribit Propheta. in princip. volum. 1.* ex mente beati Augustini *in lib. de ciuitate Dei*, & e conuerso propter inopiam perit *l. si creditores, cum similib. ff. de priuil. cred.* & tradit Socin. *cons. 51. n. 22. vol. 4.* Paris. *cons. 66. num. 38.* & alibi sæpe alii, *vol. 3.* ob idque, vt prædixi semper in institutione ac substitutione, masculos prætulerit fœminis ut: attamē quia agnationem suam non solum in heredibus suis institutis cōseruari, verum etiam in eorum filiis masculis longius protrahi posse animaduertit, arg. text. *in l. liberorum. in fin. ff. de verb. signific.* Hinc est, quod post substitutionem vulgariter & per fideicommissum de eis ad inuicem factam, subiunxit, quod, si vnus eorum absque filiis masculis decesserit, bona sua perueniant ad alios superuiuentes, in stirpes, quod ipsum ab eo alia ratione factū fuisse non est ambigendum, nisi, vt prædixi, intendens agnationi suæ, quæ magis longius in filiis institutorum protrahitur, consulere: bona sua, non tantum in heredibus institutis, verum etiam in eorum filiis, in natorumque natis, sed & in iis qui nascentur ab eis, vti magis dilectis, arg. text. *in d. l. liberorum. in fin.* conseruaret. Quippe non ignorabat legum peritissimus iste testator, substitutionem heredibus suis superius ad inuicem de eis factam, ad hunc, quem postea subiunxit, casum non pertinere, ad tradita per Iac. de Aren. *in l. generali. et §. cum autem. C. de institut. & subst.* quem cæteri sequuntur ibidem Socin. teste, *in l. cum auus. in 2. not. ff. de condit. & demonst.* vbi allegatis concordantib. ita ab omnibus communiter teneri, Barb. excepto, *in l. cum acut si mi.* attestatur. Ideoque, vt heredibus non tantum institutis, verum etiam eorum filiis æque prouiderit, animaduertensque illud per substitutionem de eis superius ad inuicem factam, effectum habere nō posse, quandoquidem, illa mediāte, bona sua ad nouissime morientem tantū erant peruentura, & penes filios eius, si quos haberet, erant remansura, ob id, vt inter eos æqualiter dilectos, æqualitatem seruaret, subiunxit, si vnus eorum sine filiis masculis decesserit, quod bona sua perueniant ad alios superuiuentes. Quæ verba, cum ad hunc bonum effectum fuerint prolata, contrarium, & satis malum effectum operari non debent, *l. qui mancipia ff. de fund. inst. l. nulla. ff. de legi. l. non omnis ff. si cert. pet. c. transmissa. cum vulgarib. extra. de verb. signific.* quod quippe esset, vbi fideicommissum isto casu iniunctum, ad hunc, ad quem postea venit, non pertineret: siquidem, vt videmus, domus, possessiones, ac cætera huius testatoris bona, extra agnationē seu familiam suam contra eius voluntatem, in alienas transferentur familias, & maiorū suorum, ipsiusque testatoris imagines & insignia, euellerētur, quod est satis lugubre *l. lex quæ tutores. ad med. vers. nec vero domum vendere liceat. C. de admin. tut.* Itaque cum magis conditionis effectum quam formam considerauerit, sufficit † conditionem per æquipollens impletam 17
fuisse, vt concludunt omnes post Bart. *ibi. in l. gal. in. §. & quid si tantum. ff. de libir. & posthum.* & videtur casus *in l. mulier. in princ.* & ibi Bart. *ff. ad Trebell. in l. si mater. ibi g. not. omnes C. de instit. & subst. t.* Vnde licet in specie nostra illa tantum specialis conditio fuerit per testatorem apposita, attamen, quia eam propter effectum ex ea resultantem ad fauorem masculinitatis, familiæ ac agnationis suæ apposuit: videlicet, vt bona in masculos de agnatione, prout statim post, magis expresse se declarando, disposuit, conseruarentur, non est necesse, quod illa conditio impleatur in forma specifica; at satis ad fideicommissi validitatem videtur, quod per æquipollens fuerit impleta vid. hic. morte Bernardini nepotis absque liberis defuncti, & ob id præcedēs fideicommissum valere debet, perinde ac si conditio formiter impleta fuisset, iuxta tradita per Alexand. *d. cons. 100 num 6.* Socin. *cons. 259 num. . vers. secundo videtur confirmari ista conclusio, vol. 2.* Dec. ius *cons. 77. col. 3 ibi. & quando in conditione apposita ... consideratur.* Bero. *d. cons. 102. num. 17. cap. 2.* Socin. Iun. *d. cons. 4. num. 6. volum. 3.* Euerard. *in sua centur ... in loco ab æquipoll.* quibus accedat Paul. Castrens. *cons. 61. n. ... vers. & videmus. vol. 1.*

Nec dicatur, quod doctrina Bar. *in d. § & quid si tantum.* procedat in conditione necessaria, non autem in voluntaria, prout in casu nostro, quoniam respondetur, quod cum illa sit super testatoris voluntate fundata, eaq; tam † ad necessariam, quam ad voluntariam conditionem adaptari possit, cum nullam illi 18
uersitatis rationem adduci posse videatur, cur voluntas hæc in vno magis, quam in alio casu accommodetur, merito idem ius statuendum est, *vulgata l. à Titio. ibiq; Gl.* & Bart. *not. ff. de verb. oblig. §. 1. ver. pari ratione. in Inst. quib. mod. ius patr. potest. sol. § ... in fin. ibiq; Gloss. not. in Inst. quod cum eo.* Paris. *cons. 2 ... numer. 41. vol. 1.* Illudq; probatur ex his, quæ ... Io. And. *in addit. Spec. super rub. de fi ... d. n ... q ... Alexand. in dict. § & quid si tantum. num 6. ... attentis verbis testamenti. nu. 5 ibiq; ... vol. 2.* & alibi sæpissime alii, vt videre licet per ... *in d. §. & quid si tantum. num. 33.*

His ita animaduersis, istud firmare Socin. inuenio *in sæpius allegato §. & quid si tantum. numer 6 ...* vbi inquit, quod Bart. hoc membrum omittit, quem postea secuti fuere cæteri post eum ibidem, Soc. Iun. teste *cons. 102. num. 32. vol. primo, & in cons. 18 . numer. 30. vol. 2. & in cons. 39. num. 54. vol. 3. & in cons. 29. nu. 7. vol. 4.*

Nec prædictis obstare habet illud, quod quis obiiciens dicere posset, esto, ꝙ testatoris dispositio facta in vno casu ad alium casum ex tacita & verisimili mente testatoris porrigatur, *l. Titius. §. L ... ff. de lib. & post. l. fin. C. de inst. & subst.* & tradit Alexan. *cons. 6. viso testamento. num. 9. vers. & rationem hab. mus. 10 ... 2. & in cons. 93. nu. 11. vol. 3.* attamen secus est, vbi extensio † debeat fieri de persona ad personam, nam talis 19
extensio, etiam ex tacita & verisimili mente testatoris fieri non debet, iuxta doctrinam illam Aretin. *not. in toties repetito §. & quid si tantum. col 3. vers. secundo adde per tex in l. si ita quis § pen. ff de testam. tut. & in cons. 27. proponitur ex facto. ad fin. versic. non obstat quod mulier.* quem sequitur Ias. *cons. 220 volum. 4. vers. & ... præallegata, & in cons. 228. col. 2. vol. 2. & alibi pluries.* Dec. *cons. 211. num. 5. & alibi sæpissime*, vt patet ex ... Cravet. *consil. 98. num. 13.* per Cæphal. *d. cons. 114. num. 6. vol. 1.* Rub. *cons. 31. num. 5. vers. & istud videtur d...*

Pari.

Parif. conf.20.n.48.& in d conf.66.n.5.& in conf.108.n. 41.vol.4. Crauet.d. conf.161.n.11.& tradit Torniel.conf. 43 n.37 inter conf. Portii.

Vnde cum inficiari minime possit quin facta hoc pacto diceretur extensio de persona Domini Euangelistæ ad Bernardinum, quæ non videtur, vt supra dictum est, permissa. Ergo, &c.

Ad hoc enim pro responsione animaduertẽdum est, ꝙ & si doctrina illa Aret. satis ex dictis ipsi⁹ *in memorato loco* confundatur, vt patet ex scriptis per Parif. *in locis de quib. infra*, attamen contra eam est aperta decisio Ang *in d §. & quid si tantum*. volentis dispositionẽ
20 factam in vno † casu, vel in vna persona, extendi ad alium casum, vel ad aliam personã, vbi ex coniectura colligi potest, quod disponens idem disposuisset, si fuisset interrogatus, quem refert & sequitur Iaf. *in l. Titius §. Lucius n 3. & 7. & in conf.148. col.3. vers. quarto facit vol. supr. dicto*. Chassan. *conf 67.n.46 ad fin.* & firmat Parif. post alios quos ibi allegat *d conf 50. nu.54. cum plurib. sequen.* vbi *n.60.* ait, quod opinio Ang. & sequacium ne dũ est humanior æquior, & magis communis, quinimo verior, & *in d. conf 66 nu.66. cum plurib seq. vol.3. cum aliis multis* per Cæph. *d. conf.114.n.30. & 252.n.21 vol.2. cumulatis.*

Quæ Ang. & sequacium decisio, eo maxime procedere debet in casu nostro, vbi expresse habita est ratio agnationis & familiæ, prout de mente eiusdem Dec. videtur *conf.3 5.n.3. in fin. vers. preterea a tali ratione*, istudque in terminis bene exprimit Curt. iun. *in d. conf.12 .n.14* & clarius firmat Curt. sen. *conf.75.nu 14. vers. ergo concessio* vbi expresse cõcludit extensionem posse fieri de casu ad casum, & de persona ad personam, vbi ratio agnationis expressa est, iuribus & authoritatibus ibidem per eum adductis.

Tertio, istud idẽ clare colligitur ex eo, quia testator ipse habens mẽtionem de institutorum filiis, eos sub illa qualitate masculinitatis nominauit, quæ qua-
21 litas licet in † conditione sit posita, attamen fideicommissum ex coniecturata mente defuncti in fauorem descendẽtium masculorum inducit, quia testatorem bona in masculis descendentibus conseruari voluisse censetur, quæ voluntas, vti dictum est, impleri non potest, nisi in necessarium antecedens, perpetuum inter ipsos cẽseatur inductum fideicommissum, *arg. tex. in l. denique. §. interdum ff. de pec. leg.* ita Gib. al. *concludit conf.40.nu.10. inter conf. Portii, per not.* per Bar. *in d l. liberorum ff. de verb signif.* post Guid. Pap. Dec. Socin. Cor. Iaf. Curt. iun. Rub. Goz. Socin. iun. Ruin. Parif. Crauet. & Cagnol. *in locis de quibus ibi per eum* inquiens, quod & si multi contradicant, in effectu tamen ista est magis communis opinio, & sequuntur ibidem dominus meus Decian. *in suis consil & subscriptione*, & alii quam plures, ac etiam Por. ipse *in conf. sequenti.* vbi *nu.15* hanc magis communem esse, contra Torniel. *ibid.* attestatur, pro qua vltra superius adducta & Grat. & Boer. adducit, quã opinionem antea firmauerat Por. idem, *conf. 1 nu.66.* eamque magis communem dixerunt etiam Alba. *consil 87. num.11.* Cephal. *consi .251. num.77. & in consil sequenti. num.17. volum.2.*

Quæ conclusio eo maxime & absq; scrupulo procedere debet in specie nostra, ex quo testator vlterius processit expresse disponendo, quod bona sua remanere debeant in agnatione sua, vt familia sua conseruetur prout in testamento legitur, ibi, *& expresse vult, ordinat, & disponit, &c.* iuxta tradita per Parif. *consil. 31. num.19 vers. hac coniectura. & in conf.86.nu.30. & in conf. sequenti. num.28. volum.2. & in conf.6. num.16.* vbi in terminis hanc esse communem & firmam conclusionem attestatur, *vol.3.*

Quarto confirmatur ex ratione & causa, quibus testatorem ad faciendum præcedens fideicommissum motum fuisse apparet, quæ † cum generalior sit 22
dicto, illud extendere atque ampliare habent. *l. ita autem ff. de admin. tut. l. regula. § si quis. cum simil.* & vtrobique Bar *ff. de iur. & facti ignor.* Glo. *in auth. cassa in ver. per Italiam. C. de sacrosan. eccles. in l.1. in vers. Illyricanas. C. quibus muner nemi. liceat se excusare.* Anto. de Butr. *conf.3. col.1 ad fin.* Rom. *conf.174. amplissime Doctor. nu.3.* Alex. *conf.111 ponderatis verbis inquisitionis. col.2. ad medium. vol. 1.* Iaf. *in l.1. nu. 12. vers. sed licet omnes ita teneant. ff. de in ius voc. vt eant. in l cum hi. in 3 notab. ff. de transact.* Parif. *conf. 90.n.20. vol.2. & in conf.50. nu. 24 & in d. conf.66 num. 42. volum.3.* & est communis conclusio, vt attestatur idem Parif. *d conf.1. num 36. & in d. conf.6. num.20 & in conf.18. num.21 & in conf. 22 num. 35. & in conf. 25. num. 29 eod. vol.* Sed cum ratio & causa, quibus motus fuit testator ad faciendum hoc fideicommissum, fuerit fauor agnationis ad conseruationem familiæ, vt ex supra dictis deducitur, & ex scriptis in testamẽto manifeste apparet & sit generalior dicto, ergo illa attendenda est, & non conceptio præcedens verborum, quibus fideicommissum inductum fuisse apparet, *iuribus & authoritatib. supra citatis.* & tradit Ceph. *d. conf.134. num.33. cum plurib. seqq. vol. 1.* Dec *d. conf. 15. vers. & ideo.*

Quinto prædicta conclusio suaderi potest ex eo, quia si agnationis fauore † nouum inducitur fidei 23
commissum, vbi causa agnationis expressa est, vt sentire Parif. videtur *d conf.66. num.33. cum plurib seqq. vol. 3.* & expresse firmat Crauet. *conf.1 3 n 5. & in conf.130. nu n.9.* post Cor. Dec. Curt. iun. *in lo. is de quibus ibi per eum.* multo magis in casu nostro, quod iã inductum est ampliari atque extendi debet, siquidem facilius quid extenditur & ampliatur, quam nouum fiat, *l.1. & 2. cum ibi not ff. de iud. c. cum olim, Abbas. c. Petro. & de offi. del g.* Dec. *in c. 4. num.3. vers. ex his infertur in proposito. eod tit.* Socin *conf.111. num. 1. in fin. vers stante ergo tali titulo saltem putatiuo. vol. 1.* Curt. iun. *conf.174. num. 27. & alibi sæpe alis vol 2.*

Præterea & sexto loco comprobari videtur prædicta conclusio ex eo, quia, vbi in specie interrogatus fuisset testator, vtrum Bernardino absq; filiis defuncto, bona sua ad mulieres istas, an ad nepotes masculos in casu præmisso substitutos (per quos bona in agnatione conseruantur, eorumque in extraneos translatio impeditur) pertinere vellent, nemo est, ni fallor qui dubitet, quin† ad fauorem eorum respon- 24
disset, & ibid pro expresso haberi debet. *l. tale pactũ. §. fin.* vbi gl. & *d. ff de pact. l. Titius § Lucius.* vbi Bart. & alii. *ff. de lib & posth.* & tradit Alexan. *d conf. 30. num.4. volum 2.* Afflict. *dec. 41. num.1 vers. ad hoc r. spo. d hanc.* Dec. *conf.369 paulo post princ & in con .291 nu. 6. vers. nec successiue non obstat.* Parif. *consil. 41 num. 51. & ... & in consil.62. num. 24 & in consi. 75 num 37 & in consil. 77. num.22. volum. 2. & in d consil.1. num. 41. & alibi sæpe volum. 3* Socin. iun. *consil 168. num. 82 ad fin. vol. 3.*

Septimo non eundo per coniecturas, quod ipse dominus Alex. etiam in casu de quo agitur voluerit fœminas istas à sua hereditate excludi & masculos substitutos admitti. Satis superque clare apparet ex illis verbis statim post liberorum masculorum conditionem subiunctis.

Videlicet, & expresse volo, ordino & dispono, ꝙ bona mea remaneant in agnatione mea, vt familia mea conseruetur: quæ verba licet per † notarium 25
faciat

fuerint in tertiam personam prolata, attamen ad personam ipsius restantis relata, ita sonare videntur, vt tradit Socin. *cons. 227. num. 2 vers. quamuis enim in testamento dicatur. volum. 2.* Vnde cum verba hæc sint satis clara, ac etiã in casu de quo agitur fideicommissum importantia, ex quo simplex & absolutum quo ad omnes de agnatione & familia inducũt fideicommissum, vt in terminis tradit Curt. iun. *cons. 43 ad fin. vers. tertio principaliter puto. & in cons. 161. num. 9. ad fin.* & expresse patet ponderando verbum illud, *Volo*, quod est dispositiuum, & fideicommissum importat. *l. 2. Cod. com. de leg. §. fin in instit. de sing. reb per fideicom. relic. l. verbum volo C. de fideicomm l. cum pater. §. volo. ff. de leg. 2.* tradunt Alex. *cons. 168. num 3. vers. nam certum est. vol. 5 & in cons. 190 num. 32. vol. 6* Socin. *d. cons. 227. num. 1. & in cons. 57. eod. nu. vol. 3* Dec. *d. cons. 23. eod. num. 3.* Curt. iun. *cons. 54. num. 5. & in d. cons 161. num. 9.* & alibi sæpe alii. Ideo ab eis, vti claris, non videtur recedendum. *l. ille aut ille §. cum in verbis. ff. de leg. 3 l. continuus. § cum ita. ff. de verbor. obligationib. c. ex de te. cum simil. bus. extra. de verb. significat.* Nam prout inquit alibi Bald *cons. 143. examinanda sunt. colum 2. circa fin. vol. 1* vbi verba sunt clara, dici potest quod habemus tex. ideo gl non indigemus. Scribit etiam alibi idem Bal. *co. 174. casus talis est, quoddam feudale. ad fin lib. 2.* quod vbi verba sunt clara, aduocatorum cauillationes cessare debent, etiam si lex sit dura, quem refert & sequitur Crau. *cons. 11. n. 6. & in cons. 47. n. 2.* Alibi scribit, etiam idem Bald. *cons. 452. duo fratres eod. lib. 2.* vt tradit idem Crauet. *vbi supr.* quod verborum certitudo declarat certitudinem intellectus. Itaque cum in casu nostro testator voluerit bona sua remanere in agnatione sua pro illius cõseruatione, ita expresse disponendo, istudque aliter secundum eius mentem effectum sortiri non possit, nisi per viam fideicommissi, vt patet: cum aliter possent, extra familiam transire, ergo fideicommissum censetur inductum, ita arguit Dec. *d. cons. 23 n. 2 & in cons. 38. n. 4.*

26 Comprobantur prædicta ex eo, quia cum † in fideicommissorum materia regula sit, quod ex quibuscunque verbis non solum dispositiuis, sed etiam quandocunque enunciatiuis, & quomodocunq; comprobari possit volũtas testatoris, vel de illa appareat, inducatur fideicommissum. *l. 1. d. l. Pamphilo. in princ.* & ibi Bar. *ff. de leg. 1. cum aliis supra deductis.* & probatur *in l. et hoc modo. in l. & eo modo. ff. eo tit. in l. codicillis. in §. matre. ff. de leg. 2.* Vnde si in casu prædictarũ legum inducitur fideicommissum, licet verba nõ sint vsquequaq; dispositiua, neq; proprie apta ad fideicommissum importandum, vt in eis patet, multo magis, aut saltem non minus in casu nostro censenda sunt fideicommissum importare, ex quo testator expresse vult, ordinat & disponit, quod bona sua remaneant in agnatione sua, vt familia sua conseruetur, quia sic sibi placuit, vult, & placet. Quæ verba cum singula de per se satis fideicommissum importare videantur, *iuxta tex. in d. l. 1.* a fortiori ergo hoc dicendum est in casu isto, vbi verba hæc simul ponuntur, siquidem ex verbis illis reiteratis & triplicatis, exuberantior & magis aperta voluntas testatoris demonstratur, *l. balista. cum simil. & ibi not. ff. ad Treb. llian.* & tradit late Felin. *in c. si cautio. n. 40. cum pluribus sequentib. extr. de fid. instrum.*

Præterea suadentur præmissa ex eo, quia ipse dominus Alex. nedum videtur fideicommisso grauasse ipsos suos heredes institutos & honoratos, sed etiam onus imposuit reale in d. sua hereditate, vt patet ex illis verbis in re scriptis. & expresse vult, &c quo fit, vt cũ hereditas ipsa censeatur esse grauata, grauamenq; in † rem scriptum esse dicatur, afficit bona quocunque vadant, & ad quascunque personas, ita vt omnis ille qui possidet hereditatem & bona, censeatur esse grauatus fideicommisso, ita Paris. tradit *d. cons. 1. num. 42. cum sequenti. vol. 3.* post Bart. Bald. Salycet. & alios, *in locis de quibus, ibi per eum.* idem Paris. scribit, *cons. 10. num. 29 & in cons 37. num. 22. & in cons 90. num. 43 & in cons. 92. eod num cum sequenti, vol. 2.* Alba. in terminis, *cons. 93. num. 2.* 27

Confirmatur item prædicta ex alio, quia si iste in casu inductum etiam non diceretur fideicommissum, cessaret conseruatio familiæ. Sed cum testator familiæ conseruationem velit, omnia ad eam requisita, necessario velle videtur, ad nota. per omnes *in c præterea de offi. deleg.* per quæ ita Paris. inquit, *d. cons. 1. num. 32. volum. 3.*

Octauo coadiuuatur præmissa † conclusio ex eo, quia vbi testator voluit bona remanere in agnatione & familia, tunc omnes videntur de restituendo grauati, ita Socin concludit *in d. l. Gall. §. quidam recte. num. 9. in fin. vers. sed vbi testator voluit. ff. de l b. & posth. in l si cognatu. num. 17. & 18 ff. de reb. dub in cons. 12 num. 18. & in cons. 43 num 9. ad med volum. 4.* quem sequitur Paris. *cons. 63 num. 13. vol. 2. & in d. cons 53 num. 23 ab eo concor. adducit. volum. 3.* Itaque cum in casu nostro testator voluerit bona sua remanere in agnatione sua, ita expresse disponendo, ergo omnes videtur de restituendo grauasse. 28

Suadentur prædicta ex eo, quia cum fideicommissum hoc videatur in fauorem agnationis inductum, ex quo testator ipse † vult bona remanere in agnatione, vt egregie declarat Bald. *in l. quoties la. num. 8. C de fidei. or in Gu.* quem sequitur Barb. *cons. 14. num. 4. & 43. vol.* Socin. iun. *d. cons. 168. num. 78. vol 2* cum similibus ad hoc per Decis. Pedemon. 50 allegatis Omnes ipsius familiæ personas, mares tamen successiue, actiue & passiue comprehendit, ad tradita per Paris. *d. cons. 1. num. 44. vol. 5.* post Angel. & alios *in l fin. C. de verb sign.* 29

Vltimo confirmatur præmissa conclusio ex eo, quia si bona de quibus agitur ad superuiuentes tantum essent peruentura eo demum in casu, quo vnus eorum absque filiis masculis decederet, sequeretur, quod non solum verba illa, vt familia mea conseruetur, verum etiam tota illa clausula supra dicta, frustratorie ac superflue fuisset apposita, contra text. *in l. si quando.* & quod ibi Bar. *ff. de leg. 1. in c si Papa. de priuil. in 6.* Vnde, cum nedum clausula vna, sed nec † minimum quidem verbum vbi fieri potest in testamento hoc, frustra, & sine virtute operandi nõ debeat censeri appositum, ad tradita per Bal. *in rub. C. de contrah. empt. in 9. q.* quem sequitur Alexan. *cons. 36 num. 5 vol. 2. & in cons. 195. num. 2. vol. 6 & in cons. 91. eod. num vol. 7.* Dec. *cons. 2. num. 5 & in cons. 48. num. 3. in fin. & in consil. 69 eod. num. in fin. & in cons. 414 num. 2.* Socin. *cons. 12. num. 5. vers hanc conclusionem confirmo. volum. 3* Paris. *consil. 26. num. 122. volum. 2. & in cons. 58. num. 3. volum. 3. & alibi sæpissime alii.* merito, ne istud cõtingat, dicendum est illam in casu nostro fideicommissum importare, & ideo, cum hic sanus intellectus illi accommodari possit, superflue per testatorem apposita censeri non debet. ad tradita per Castren *in cons. 57. primo videndum. num. 2. vol. 1* Crauet. *cons. 297. n. 4.* 30

His sic pro corroboratione conclusionis supra firmatæ in medium deductis, allegata in contrarium parum obstare videntur. Et primo decisio illa Oldr. & sequacium, quoniam ad eam multipliciter † respondere posse videtur. Et primo illam non procedere, 31

dere, vbi in contrarium aliqua coniectura apparere potest. ita eam limitat Grat. *cons.5.num.86.volum.2.* At cum in casu nostro non vna tantum coniectura, sed multæ, vt supra demonstraui, appareant. Quinimo adsint verba etiam hoc casu fideicommissum importantia. Ergo,&c.

Secundo respondetur dictũ Oldradi in specie no-
32 stra locum sibi vendicare non posse, ex quo† testator vlterius processit disponendo, ita declarat Dec. ipse, supra pro opinione Oldr. adductus, *cons.477.in fi. ver. non obstat quod supra in contrarium allegatur.* vbi respondendo ad prædictam decisionem Oldr. ait, quod illa haberet locum, quando testator simpliciter apposuisset conditionem. si decederet sine liberis: secus si testator processisset vlterius disponendo, vt ibi per eum. Hoc ipsum sentit idem Dec. *d. cons.635.in fin ver. & tamen non admittitur.* quia testator vlterius nõ processit. & tradit Par. *d cons.1.n.46.vol 3.* Itaq; cũ testator noster simpliciter non apposuerit conditionem si vnus eorum decederet sine filiis masculis, quinimo vlterius processerit disponendo, vt in testamento patet. Ergo &c.

Hanc eandem limitationem, seu responsionem ad cons. Oldr. & sequacium, ante Paris. & Dec. de mente Socin. videtur esse. si recte ad eius dicta aduertatur, *d. cons.250.n.4.* iunctis his, quæ dixerat *in consil.præcedenti.volum.2.*

33 Tertio respondetur, eam in † casu nostro locum habere non posse, ex quo testator voluit bona in agnatione remanere, ita declarat Dec. ipse, *cons.270.in fin vers. non obstat, quod substitutio inuicem facta.* quem sequitur Curt. iun. *cons.121.num.15.cum seq.* vbi in specie reprobat Dec. *d. cons.287* quibus manifeste patet vim super authoritate Dec. non esse faciendam, tum quia fuit sui ipsius contrarius, *argu. text. in l. qui falso vel varie.ff.de test.* tum etiam, quia in specie per Curt. reperitur reprobatus.

Et vltra Dec. & Curt. quod vbi testator voluit conseruare bona in agnatione & familia, cons. Oldrad.
34 non † procedat, voluit etiam Crauet. *cons.fin.num.16. vol.2.* vbi vltra Curt. *vbi supr.* etiam Castrens. adducit *cons.344.qui a ex allegationib.num.2.vol.1.* de quo meminit etiam idem Crauet. *cons.98.sub num.1.* Itaque cum in casu de quo quæritur testator voluerit bona in agnatione & familia conseruari, ergo sumus extra difficultatem & casum Oldradi.

Fundamento super decisione Oldrad. ita sublato, cetera, quæ pro illius corroboratione adducũtur, facile ruũt. Et primo quod substitutio & fideicommissum isto casu non l[o]quatur iuxta reg. Socin. & sequacium, quoniam respondendo dicitur, quod & hunc & omnem alium casum, per quem bona in agnatione ad illius conseruationem non remanerẽt, expresse continet. ita Paris. respondit *d. cons.1.n.47.vol 3.*

Non obstat quod dicebatur casum hunc fuisse omissum, ideo secũdum dispositionem iuris commu-
35 nis esse decidendum. Nam† ad istud (omissis multis, quæ dici possent) respondetur, quod illud fortassis haberet locum, quando casus omnino esset omissus, ita Soci. iun. inquit, *cons.6 n.2.vol.2.* Dec. *d. cons.15.n.6.* Vnde cum hic casus recte nõ possit dici omissus, tum quia d ratione & causa quibus motus fuit testator ad faciendum hoc fideicommissum fuerit comprehensus, quod probatur ex eo, quia sicuti genus proprie continet species, ita ratio continet casus non expressos, nec casus dicuntur omissi, ita Crauet post Bal. & alios quos ibi allegat *cons.1:8.n.3. vers. alibi scribit Bald.* sequitur Cæph *cons.16.num 10.vol.1.* & tradit Paul. de Castren. *cons.83 præsens casus.num.2.vers. nec dicitur vol.2.* Tum etiam quia ex dispositis in testamento (vt supra demonstraui) fuit comprehẽsus, merito ergo secundum eius dispositionem & mentem venit decidendus, *ad tex. in §. disponat. in auth. de nup.*

Non enim bona remanerent necessario in agnatione ad illius cõseruationem, si ea libera, nec isto casu fideicommisso obstricta, vt supra ostensum est, censerentur.

Non obstat quod dicebatur, testator nihil de hoc casu fuit locutus, ob id, nec eũ voluisse videtur. Quia respondendo dicitur, testatorem satis id voluisse credendum esse, ex quo vbi de hoc fuisset † interroga- 36
tus, verisimiliter ita respondisset, iuxta text. & ibi gl. *in d.l. tale pactum. §. fin.ff. de pact.* per quem ita nota. inquit Bal. *in rub. C. de collat. ad fin. vers. & ideo lex supplet id, quod verisimile esset fecisse patrẽ si fuisset interrogatus.* idem Bald. *in l. precibus.num.44.vers. & certe si testator fuisset interrogatus.C. de impub. & aliis subst.* ita etiam Socin. iun. concludit *cons.60.num.32.vol.4.* istudque eo magis in casu nostro procedere habet, ex quo talis voluntas satis per testatorem declarata & manifestata apparet in illis verbis, *& expresse vult, &* iuxta tradita per Par. *d. cons.92.n.7.cum seq.vol.2.*

Non obstat quod dicebatur extẽsionem non posse fieri, vbi conditio per testatorem apposita est voluntaria: Quoniã respondetur, quod imo ex† mente 37
testatoris fieri potest extensio, etiam in conditione voluntaria, prout supra in fine secundi fundamenti pro hac parte facti, clare demonstraui; quibus ibi dictis accedat, quod id[e]m voluit Dec. ipse *in d.l. si mater. n.2. vers. venio ad secundam conclusionem. C. de inst. & subst. & in rub. extr. de probat. num.14. vers. tertio attentari, potest & dici. & in cons.427.num.11. vers. & etiam in conditione voluntaria propter voluntatem testatoris. & in cons.227.in fin. vers. non obstat quod supra dicitur de conditione voluntaria.* quem sequitur Socin. iun. *cons 90.num.27.vol.1.* & tradit idem Socin. *cons.145.n.32 vol.3.*

Non obstat consultatio illa Alex. *d. consil.139. vol.6.* vbi concludit, quod quando verba aliquo modo ex propria vel impropria significatione adaptari non possunt ad coniecturandam mentem testatoris, tunc nullo † modo attenditur mens ipsius, imo talis vo- 38
luntas quatenus verba illi non deseruiant, redditur inutilis & inefficax, *per text. in l. in ambiguo.ff. de reb. dub.* Nam, salua reuerentia tanti viri, (qui cum & ipse homo esset, aliquando in iure errauit ac inaduertenter contra text. claros dixit, Ias. teste, *in l. si ex tot[o]. §. si ita legatum. sub num.17. cum sequenti. ff. de leg.1.* refert Crauet. *consil.201. num.1 in fin.*) respondetur, quod ista ratio sua de iure procedere non videtur, quandoquidem multoties iure cautum inueniri potest substitutionem fideicommissariam, etiam si verba omnino deficiant, iustificari: *prout in l. si cus legatum ff. de conditio. & demonstr. in l. heredes mei. §. cum ita ff. ad Trebell. in l. vnum ex familia. § si omissa ff. de leg.2* cum simil. ad hoc per Socin. *consil.16. ad fin. volum.4.* cumulatis, vnde si vbi omissa fideicommissi verba sint, attamen cætera quæ leguntur cum iis quæ scribi debuerunt, congruunt: recte datum, & minus scriptum ex præsumpta mente testatoris intelligetur, inquit text. & ibi tradit Bart. *in d. §. si omissa.* quid ergo erit, vbi adsunt verba. Ideo non possum non magnopere admirari, quod eo genere argumenti Alexan. ductus fuerit, vt ob id deferendam testatoris voluntatem crediderit, quasi immemor eius, quod alibi *dict. consil.100. scripsit.*

Secundo respondetur, quod cum in casu nostro

 ratio

ratio agnationis & familię habita per testatorem fuerit, ob id & si casus iste sub expresso ex significatione larga & impropria, non contineatur, nihilominus etiam fideicommisso locum esse, quoniam cum ea ratio expressa sit, perinde est, ac si casus iste in specie fuisset in dispositione comprehensus. Itaque cum comprehensiue magis, quam per extensionem dica-
39 tur prouisus, cũ extensioni locus † nõ sit, vbi ratio expressa inuenitur, merito sub dispositione ipsa includi casus dicitur iuxta tradita per Dynum *in l. nominis & rei. §. verbum ex legibus. per illum textum. ff. de verborum significationib. & per l. his solu. ad finem.* ibi, *satis etiam tacite cautum putamus. Cod. de reuoc. donat.* quem refert & sequitur Paulus de Castrens. *consil.* 83. *nu.* 6. *volum.* 2. cum similibus per Alexand. *consil.* 75. *num.* 2. *cum pluribus sequentibus. volum.* 5. Decius *dict. consil.* 227. *num.* 8. Parisius *consil.* 83. *num.* 21. *volum.* 3. Crauet. *d. consil.* 183. *num.* 3. quibus accedat Riminald. cum aliis ibi per Apostil. allegatis, *consil.* 264. *numero vigesimo quinto, cum duobus sequen. volum.* 2. & tradit Rip. *in l. si constante. numero* 61. *versic. istam fallentiam.* sequitur Baldus *ff. solut. matrimon.*

Præterea respondetur quod cum in casu isto adsint verba etiam hoc casu expresse fideicommissum (vt supra in septimo fundamento demonstratum extitit) importantia, ergo sumus extra difficultatem & casum Alexan. Siquidem testator ibi conseruationem bonorum iusserat eo demum in casu, quo Isachinus & Antonius decederent sine herede masculino, quo fit, vt Antonio decedente superstite sibi filio masculo, aliter locus esse non possit fideicommisso ex ea dispositione ad fauorem agnationis resultante, vti à prima substitutione dependente. Et
40 enim iuris notissimi est, vt † deficiente primo substitutionis gradu, alii dependentes ab eo corruant. *l. si mater. in fin. cum simil. ff. de vulg.* & probatur ex dictis Alexand. *dicto consilio centesimo trigesimo nono. numero tertio.* ibi, *& sic semper sequendo de gradu in gradum, &c.* quibus manifeste patet, habitam ad superiora fuisse relationem. At in casu nostro, testator vltra substitutionem de heredibus suis factam ad inuicem, ac liberorum masculorum conditionem, expresse per amplissima ac geminata verba, vt in testamento patet, & supra dictum fuit, disposuit, quod bona sua remaneant in agnatione sua, ergo, vt dixi, sumus extra difficultatem, & casum Alexandri.

Non obstat Cæphal. *dict. consil.* 17. & Socin. iun. *dict.*
41 *consil.* 4 Quoniam respondetur, quod cum † eorum termini sint lõge à nostris diuersi, vt patet, tum quia nulla agnationis ratio considerari potest, vt constat ex verbis Cæphal. *dicto consilio decimo septimo numero vigesimo octauo. versic. & si d. testatrix voluisset habere considerationem agnationis, &c.* tum etiam, quia in eorum casibus, prout in nostro, non aderant verba fideicommissum præcise importantia, ergo de eis ad nostrum, recte inferri non potest, argum. text. *in l. Papinianus exuli, cum simil. ff. de minor.* Et quamuis Socin. ipse, prædictam conclusionem indubitatam asserat, attamen, *vt supra ostensum extitit*, in contrarium est ipsa veritas, quam etiam Socin. idem, prout ex responsione ad obiecta ibidem videre licet, admisisset, vbi ex verbis à testatore prolatis, illa in casu suo colligi posset.

Vltimo nõ obstãnt responsiones, vt supra, accommodatæ ad illa verba & expresse volo, ordino & dispono, &c. Et primo quatenus dicebatur illa debere restringi, secundum præcedentia, videl. casu, quo substitutio superius facta habuisset locum. Quoniam respondetur, quod imo secundum præcedentia non tantum restringi non debent, quin imo ea extendere atque ampliare habent, cum veniant declaratiue atque ampliatiue ad ipsa, vt patet, ponderando † di- 42
ctionem illam, *Et*, quæ est ampliatiua *l. ea tamen adiectio.* & ibi Bartol. *ff. de leg.* 1. Socin. *dict. consil.* 62. *num.* 5. *& in consil.* 84. *num.* 6. *versic. & maxime adiecta copula Et volum.* 3. Decius *consil.* 7. *num.* 3. *versic. nam illa copula auget.* Nec istud inconueniens videri debet, quandoquidem vna pars seu vnum capitulum testamenti, per aliud declaratur & ampliatur, maxime quando sequitur immediate, & tendit ad idem (vt in casu nostro,) *l. vtrum. ff. de pet. hered. l. qui filiabus. l. si seruus plurium. §. fin. ff. de leg.* 1. per quæ ita Paris. concludit *dicto consilio primo. numero vigesimo secundo.* & alibi sæpe. *volum.* 3. & tradit Dec. *dicto consilio decimo quinto. num.* 3.

Præterea respondetur, quod ex quo testator noster per amplissima ac, vt dixi, geminata verba disposuit, quod bona sua remaneant in agnatione sua, vt familia sua conseruetur, sequitur quod vult ita simpliciter prout ordinat, ac disponit: & verba sonant intelligi, nec aliter interpretari & declarari, iuxta tradita per Gozad. *consil.* 30 *nu.* 3. quo fit vt per ea, quo ad omnes inductum, vt conclusum extitit, videtur fideicommissum.

Nec dicatur istud verum esse non posse, ex quo ita intelligendo, testator videretur se in continenti corrigere, contra text. *in l. non ad ea. ff. de cond. & demonstr.* quoniam respondetur quod nulla † resultat præce- 43
dentis fideicommissi correctio, sed magis est eius ampliatio, secundum veram mentem & intentionem ipsius testatoris, vt per eundem Gozad. *d. consil.* 30. *num.* 19. *ver. non obstat Alexander.*

Ad secundam respondetur, quod cum vltra considerationẽ masculinitatis toties à testatore habitam, ex qua, vti dictum est, illa præsumptio resultat, quod testator eius fuerit intentionis, vt bona in agnatione remanerent, istud fuerit expresse per testatorem dispositum, obiectio illa procedere non debet: ita de mente ipsius Socin. videtur *in sæpius allegato cons.* 62. *col. fin. versic. præterea quando filii decederent sine filiis. volumin.* 3.

Ad vltimam respondetur, quod licet dicantur de agnatione & familia: attamen, quia † agnatio de fa- 44
milia in eis finitur & terminatur, vt supr. dictum fuit, ideo obiectio illa non procedit. Siquidem dispositio ista, cum fuerit in fauorem agnationis seu familiæ inducta fœminas istas, in quibus agnatio finitur & terminat, comprehendere non debet, vt tradit Crauett. *consil.* 180. *num.* 1. *& in consil.* 150. *numer.* 1 *ad fin. ver. ideo videmus. & in consil.* 306. *num.* 5 post Bald. Ioan. de Anan. Aretin. Alex. Socin. Corn. Dec. Curt. Iun. & tradit Paul. de Castr. *cons.* 190. *nouiter reuocatur in dubium. in princ. ver. sed aduertendum est. volum.* 2. cum concordantibus, per prædictam *decis. Pedem.* 127. *num.* 4. *allegatis.*

Sublatis itaq; omnibus in contrarium adductis, dilucida remanet cõclusio superius ad fauorem substitutorum firmata, quæ vltra præmissa, iustificari ac comprobari videtur etiam ex eo, quod alibi voluerit Anchar. *d. consil.* 152. *numer.* 8. *ad fin. ver. secundo decessit Hermolaus, iuncto num* 9. *vers. & vere d. causa prohibitionis.* Alexand de Neuo, *consil.* 17. *per totum.* Crot. *consil.* 58 *num.* 19 *ver. secundo ad hoc respondeo. & per totum illud consilium.* Alban. *d. cons.* 93. *in* 1. *dubio.* Capyc. *decis.* 108. Corn. *consil.* 146. *numer.* 4. *versic. & quod instituitur fil* ...

filiis & facta eis substitutione. iuncto vers. & similiter non obstat quod dicebatur. num. 21. ed med vol. 2. Parif. *consil.* 57. *per totum. & in cons.* 6; *num.* 28. *& in cons.* 75 *num.* 50. *ver. nam licet d. Sull. manu. & in cons.* 90. *per totum. volum.* 2. *& in d. cons. volum.* 3 Vbi concluduntur, quod & si liberorum † conditio non defecerit, attamen si fauor agnationis ex mente testantis apparet, adhuc vigere fideicommissum: idem admittit Socin. *d. consil.* 250. *num.* 5. *ad medium. versicul. volum.* 2. *habemus dicere. volum.* 3.

45

Et aduertatur, quod aliqui ex memoratis patribus loquuntur in fortioribus terminis, vbi expressa ratio agnationis habita non fuerat, prout in casu de quo agitur illud factum fuisse apparet.

Tandem ita alias de iure decisum fuisse inueni, vt patet in decis. Guid Papæ, *quest.* 551 vbi in terminis conclusum fuit, substitutionem eo in casu factam, quo Stephanus decederet absque filiis masculis, verificari etiam in eo, quo Stephanus moreretur relicto filio masculo, absque liberis tamen postea defuncto.

Quare ex his omnibus & aliis supra scriptis, ad fauorem substitutorum proculdubio concludendum esse censeo, illud tamen non omittendo, quod cum hic de fauore agnationis agitur, etiam si casus esset dubius, nihilominus tamen huic parti adhærendum esset, vt fideicommissum hoc fauore † agnationis factum, sustineatur: cum illud dicatur benignius, vt in simili determinat Signor. *consil.* 179. *colum.* 2. *vers. venio ad tertium.* Fulg. *cons.* 49 *colum. fin.* quos refert & sequitur Socin. iun *d. cons.* 181 *num.* 39. *vol.* 2. & tradit Bald. *cons.* 21 *testamentum ad fin. vers. tamen ista regula videtur facere fauore fideicommissi. vol.* 4. Saluo semper saniore iudicio. Laus Deo.

46

Hieronymus Fachineus
I. V. Doctor.

Perlectis ac diligenter consideratis his, quæ docte ac copiose per dominum consulentem deducta fuere, eius sententiam vti iuri consonam approbandam esse censui, ob id illam in subscriptione requisitus probo ac sequor: in quorum fidem me propria manu subscripsi. Saluo meliori iudicio, & ita sequor ego Ferrantes Vrtius I. V. D. Bononiens. per Mariam iuris ciuilis de mane cathedram regens.

Ferrantes Vrtius.

Pro muliere Pisana.

ARGVMENTVM CONSILII XLVIII.

De repetitione dotis constante matrimonio marito ab hostibus capto.

SVMMARIA.

1. *Inopia mariti probanda cum agitur ad repetitionem dotis.*
2. *Tria iura in hoc inspicienda.*
3. *Deportatus male vti dicitur substantia sua, vt vxor possit dotem repetere.*

Christi redemptoris nostri inuocato præsidio.

QVæritur an mulier possit agere ad restitutionem dotis, siue eius in tuto collocationem & assecurationem, marito captiuo existente apud hostes? Et dubium oritur, quia cum agitur constante matrimonio ad huiusmodi † restitutionē dotis probari debet inopia mariti *l. si constante. ff. sol. matrim.* In proposito autem themate nō est probata inopia mariti, nec potest dici captum ab hostibus haberi pro mortuo, & sic locum esse restitutioni dotis quemadmodum si solutum esset matrimonium, quoniā hæc est mors ciuilis, non autem naturalis. 1

Sed istis non obstantibus re mature considerata, atque discussa, contrariam sententiam amplector: & pro veritate & iustitia respondeo & consulo, mulierem agere posse ad d. dotis restitutionem seu assecurationem, marito existente captiuo apud hostes. Pro cuius rei demonstratione præmitto vna cum Bart. & aliis Dd. cōmuniter, quos infra referam, nos habere tria † iura diuersa, sed non contraria, quib. in hac materia restitutionis dotis constante matrimonio mulieribus plene succursum est atque consultum. 2

Primum ius est Digestorum *ex d. l. si constante. ff. sol. matrim.* ea lege cautum est, vt mulieri actio detur ad dotis exactionem constante matrimonio, quando euidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere: & stante hac legis dispositione fateor in proposito casu nullam actionem mulieri competere ad exactionē dotis, quia non est probata in processu talis inopia mariti, ex qua appareat ipsius facultates ad dotis exactionem non sufficere.

Secundum est ius Codicis *videlicet in* ... *vbi a l. hac C. de iure dotium.* ex qua lege ita constitutum est, vt mulieri competat exactio dotis cum primum maritus laborat inopia, licet facultates eius sufficiant ad dotis solutionem, & stante hac constitutione fateor, in casu de quo agitur mulierem obtinere non posse, quia non probauit inopiam mariti sui.

Tertium est ius Authenticorum *in § illud. in auth. de æqualit. dot.* vbi legitur mulieri concessum esse dotis exactionem, cum primum maritus incipit male gubernare res suas. Hæc est doctrina Bart. ita distinguentis hæc tria iura *in l. si constante. nu.* 2 *&* 3 *ff. sol. matr.* quæ doctrina est communiter recepta, vt testatur ibid Ias. *nu.* 106 *vers. vnde tene opinionem hui* ... *G off. &c* fuit enim d. opinio Glos. *in d. l. si constante in verb. non suffic. re.* quæ vt dixi communis est. Idem fatetur ibid Rip. *nu.* 10.

Vltima hæc constitutio ad casum nostrum adaptari potest, videtur enim dicendum eum, qui apud hostes est, male gubernare res suas ad effectum, vt sit locus exactioni dotis. Quod probatur: primo, quia ad hunc effectum ille dicitur male gubernare res suas, qui est absens. Rip *in l.* 2. *ff. sol. matr. num.* 24.

Secundo, quia deportatus an damnatus ad metallum, cui certe non absimilis est ille, qui apud hostes reperitur, dicitur male gubernare res suas, ad effectū exactionis dotis, etiamsi eius bona publicata non sint. † Gloss. *in l.* 2. *verb. dos d. bet. ff. so. mat. & ibi.* Rip. *nu.* 24 Bart. *in d. l. si constante. in* 5. *quest. & ibid.* Rip. *n.* 43. Alex. *sub nu.* 16. Ias. *nu.* 168 Campeg *de dote. part.* 3. *q.* 24. Io. Lupus *in repet. c. per vestras.* §. 8 *nu* 11. 12. *de donat. inter virum & vxor.* 3

Tertio, quia etiam excommunicatus dicitur male vti substantia sua ad effectum, de quo agitur exactionis dotis, vt per Io Lup. *vbi supra n.* 12. & 13. & per Rip. *in d. l. si constante. nu.* 45 *&* 46 quia scil. excommunicatus non potest negotiari, vt per eos Ergo similiter dicendum est, captiuum & apud hostes existentē non bene vti substantia sua, nec bene gubernare res suas, & consequenter mulieri competere exactionem dotis, etiam constante matrimonio, & ideo Ioseph. de Ludou. *decis. Perusin.* 45. *num.* 17. dixit captum ab hostibus

 subus

ſtibus dici non ſoluendo: per notata per Bart. & alios *in d. l. ſi conſtante* pro comperto habens captum ab hoſtibus æquiparari deportatis, bannitis, & ſimilibus, de quibus Doct. loquuntur *in d. l. ſi conſtante.* Quam obrem dubitandum non videtur, quin locu ſit exactioni dotis, & ita ego intrepide iudicarem, ſicut & in præſenti cauſa iudicatum audiui per D. Iudicem à quo, cuius ſententia in dubio confirmanda eſt à Iudice appellationis, vt dicebat Franchus *in c. de priore, colum 2. verſic. aduerte. extr. de appell.* Dominus meus Cæphal. *in conſ. 25. num. 15. lib. 1.*

Andreas Fachineus Piſis, nomine Collegii.

Pro D. Vincentio Blanco Piſano.

ARGVMENTVM CONSILII XLIX.

Emphyteutam cadere à iure ſuo ob inciſionem arborum & non compenſari deteriorationem cum melioratione.

SVMMARIA.

1 *Deterioratio rei refertur ad tempus contractus.*
2 *Meliorationes facta ab anteceſſoribus proſunt ſucceſſoribus in re emphyteutica.*
3 *Deterioratio non probatur per teſtes ſingulares, ſed contra inſertus.*
4 *Deterioratio rei emphyteutica non refertur ad tempus contractus.*
5 *Opinio Decii in auth. qui rem. Cod. de ſacroſanct. eccleſ. quod melioratio compenſetur cum deterioratione reprobata.*
6 *Quia communis eſt in contrarium.*
7 *Arbores è terra euulſæ ſunt plantantis.*
8 *Quomodo accipiendum quod dictum eſt, meliorationes factas ab anteceſſoribus prodeſſe ſucceſſoribus.*
9 *Teſtes ſingulares probant aliquid in genere.*
10 *Emphyteuta quas plantauit poſſitne incidere.*
11 *Quod poſſit incidere arbores corruptas & vetuſtas.*
12 *Compenſatio meliorationis cum deterioratione circa eandem rem admittitur.*
13 *Et quomodo id accipiendum ſit.*
14 *Deterioratio 50. arborum ſufficit ad incurrendam caducitatem.*
15 *Imo duarum arborum ſufficit ſtante inſtrumento iurato, quo emphyteuta promiſit vti ad arbitrium boni viri.*
16 *Emphyteuta, vt cadat iure ſuo ob deteriorationem, requiri monitionem, quando emphyteuſis eſt laica, quomodo intelligendum.*
17 *Iudicandum eſt contra emphyteutam qui rem deteriorauit.*

Chriſti inuocato præſidio.

ET ſi dubia excitata in cauſa caducitatis contra D. Vincentium Blancum deprompta ſint ex ſingulari atque recondita iuris cognitione, eiuſque ſolidis fundamentis exiſtimo tamen ſecundum ea quæ proponuntur recte eis reſponderi poſſe, quod vt clarius faciam, ſingulis argumentis ordine quo eleganter deducta ſunt ſatisfaciam.

1 Primum argumentum eſt. Deterioratio † rei refertur ad tempus contractus Natta *conſ. 481. n. 8.* Petr. Ant. Anguſc. *conſ. 23. n. 9. lib. 2.* inferens ex hoc quod conductor incidens arbores à ſe plantatas, nõ dicitur deterioraſſe. & idem tradit Bec. *conſ. 23. num. 7 ex not.* per Alex. ad Bar. *in l. in fraudẽ. § vlt. ff. de iure fiſci.* Et quia deterioratio eſt damnũ emergens, non autẽ lucrum ceſſans. Sed tempore locationis fundus erat modici redditus, & nunc pluris locaretur, ergo nulla eſt deterioratio.

Præſertim attẽtis meliorationib. factis per authores reorũ quæ debẽt † illis prodeſſe Iaſ. *in l. 1. n. 26.* C. 2
de iur. emphyt. in l. 2. n. 27. & 32. C. eod. tit. cum aliis citatis.

Nec deterioratio probatur † niſi per teſtes ſingu- 3
lares *ad trad.* per eundem Anguſc. *conſ. 24. n. 3. lib. 2.*

Reſpondeo, emphyteuſis deteriorationem nõ referri ad ſtatum in † quo fuit res tempore conceſſio- 4
nis, quia videtur partes à principio proſpexiſſe, quod non ſolum ſtatus qui fuit conceſſionis tempore non mutetur, ſed futuræ etiam meliorationes non tollantur. ita declarat Ioan. Petr. Surdus *deciſ. Mantua 78. num. 17.*

Nec contrarium dicit Natta allegatus in dubiis *conſil 481. n. 8.* quia loquitur de conductore ſimplici referens ſe ad Albericum, vt videri poteſt.

Similiter Petr. Anton. Anguſc. *conſil. 23. num. 9. lib. 2.* loquitur in conductore, & licet metionem faciat etiam de emphyteuta, tamen loquitur ſecundum opinionem Decii *in auth. qui rem. C. de ſacroſanct. eccleſ.* quem allegat, vbi Decius *num. 4.* ſcribit, deteriorationem conſiderari reſpectu damni & non reſpectu lucri, & non eſſe rem deterioratam ſi reddatur in eadem æſtimatione.

Hæc enim fuit opinio Decii *in d. auth. qui rem n. 4.* emphyteutam † compenſare poſſe melioramenta 5
cum deteriorationibus: quia ſufficit, quod ſit res in eadem æſtimatione.

Quæ ſententia communiter reprobatur quia eſt contra tex. *in d. auth. qui rem.* vbi æquiparãtur iſta duo, canonem non ſoluere, & rem deteriorare, ad effectum, vt emphyteuta amittat meliorationes factas. Si enim poſtea deteriorando amittit meliorationes factas, ſequitur meliorationes compenſandas non eſſe cum deteriorationibus, vt declarat Cagnol. *in d. auth qui rem. num. 43.*

Et ideo communis ſententia, vt dixi, eſt contra Decium, quod meliorationes compenſari non debeant cum deteriorationibus: quia emphyteuta tenetur meliorare ex natura contractus, ideo non poteſt † meliorationes factas tollere: itaq. ſi tollat, di- 8
citur deteriorare, nec locus eſt compenſationi, vt per Nattam late hanc ſententiam confirmãtem. *conſ. 481.* Roland. *conſil 94. num. 16 libr. 2.* Corbulum qui alios adducit *de iure emphyt. capit. 13. numer. 14* quibus adde Franciſcum Milanenſ. *deciſion. Siciliæ 17. numer. 36. libro ſecundo.*

Non obſtant not. per Alex. in add. ad Bart. *in l. in fraudem. § vlt. ff. de iure fiſci.* quem ſequuntur Becius & Anguſciola in dubiis citati, quia Alexand non dicit emphyteutam incidere poſſe arbores quas ipſe plantauit, ſed quod ſi euellantur à terra caſu aliquo, tunc ſunt † plantantis, & ita in puncto declarat ac reſpon- 7
det Surdus *dict. deciſion. 78. numer. 23.* & reuera ſic loquitur Alexand. cum hæc ſint eius verba, *quod forte fallit, niſi ipſe plantaſſet illas. Nam ſi caſu euelluntur de terra, ſunt plantantis.* ſicut late ibi declarat Surdus, ita expreſſe reſpondens *ad dictam annotationem ſeu additionem Alexandri.*

Cum enim emphyteuta meliorare rem tenetur ex natura contractus, non poteſt facere meliorationes, deinde eas auferre, imo ſi poſtea deteriorare incipiat, perdit meliorationes factas, *vt ibi per eum.*

Et ideo non obſtat, quod authores reorum fecerint aliquas meliorationes, & quod d. meliorationes heredi-

heredibus prodesse debeant, quia prodesse debent 8 ad effectū, vt † finita emphyteusi per generationem finitam, sumptus facti in re emphyteutica, repetantur, nec cum fructibus compensentur: & ita loquitur Iason in dubiis citatus, non autem dicit prodesse ad effectum faciendi compensationem melioramentorum cum deteriorationibus postea factis, quia talis compensatio non admittitur secundum veram & communem sententiam, quam & ipse Iason secutus est *in d. authen. qui rem. n.* 8.

Non obstat quod dicitur testes esse singulares ad probandum deteriorationem: quia hic non agitur de vnius arboris incisione, sed plurium, ex qua incisione probatur deterioratio in genere. Et vbi non a- 9 gitur de probando vnico actu, sed de probãdo † aliquid in genere, quod non consistit in vno actu, sed est reiterabile, tunc testes singulares simul coniunguntur, & alter alteri adminiculatur, vt bene per Mascard. *de probat. lib.* 3. *conclus.* 1147. *num.* 25. Crauetta *cons.* 267. *num.* 4. Curtius iun. *cons.* 168. *num* 7. Cæphal. *cons.* 41. *num.* 12.

Et huic doctrinæ sic approbatæ ab omnibus, magis puro insistendum, quam dicti Angusciolæ, qui nihil adducit in contrarium, per quod à dicta conclusione recedere debeamus communiter ab omnibus recepta.

Et in casu de quo agitur res est posita extra omnẽ aleam difficultatis: quoniam oculata fide incisio arborum visa & probata est, per testes, qui de ea deponunt, & nouissime 60. vel 70. arbores fuisse excisas ex inspectione loci cognitum est, quam incisionem in proposito sufficere ad probandam deteriorationem, inferius ostendetur.

Secundum argumentum ex dubiis est hoc: Au- 10 thores † reorum plantauerunt multas arbores, ergo eisdem indulgendum est si veteres inciderunt, ad tradita per Angel. *in l. si colonus. ff. arbo. fur. cæsar.* Curt. sen. *cons.* 70. *num.* 8. Cæpolla *de seru. rust. præd. cap.* 22. *num.* 13. Alexand. *in l. diuortio.* § *si fundum. num.* 2. *sol. matrimon.* Crot. *cons.* 115. *num.* 8 Francisc. Marcus *decis.* 552. *num.* 2. *lib.* 1.

Respondeo istos Doctores nihil aliud dicere, nisi licere emphyteutæ arbores incidere, quando in earum locum alias substituit, quod argumentum recte applicari posset à contrario quoque, vt videlicet emphyteutæ qui plantauit liceat incidere sicut applicatum in dubiis.

Verum ideo non obstat hoc argumentum quia eorum opinio, qui dixerunt, licere emphyteutæ arbores incidere quãdo ipse in locum earum alias substituit locum habet quando emphyteuta incidit ar- 11 bores vetustas † & corruptas, quas expedit incidere pro vtilitate agri, secus autem si fructiferas incidat, quia non excusatur, licet in locum earum alias substituerit, ita omnium primus declarat Paul. Castren. *in l. diuortio.* § *si fundum. num.* 2. *solut. matrimon.* quem secutus est Alexan. *ibi. num.* 2. & idem scribit Angel. *in d. l. si colonus.* Natta *cons.* 482. *num.* 3. Guliel. Rodoan. *de reb. eccles. non alienan. tit. de caducit. ob rei deter. num.* 13. quibus adde Tiraquell. *de retractatu conuent.* § . 3. *Gl. vnica. num.* 20. Corbulus *de iure emphyt. c.* 13. *n.* 28.

Ergo probandum fuisset in proposito nostro quod arbores excisæ fuissent vetustæ, corruptæ & inutiles, ita, vt expediret funditus excidere, quod nedum probatum non est sed nec articulatum quidem.

Tertium argumentum est ex notatis per Bald. *in l. aleas. circa fin. C. loca.* quem sequitur Rimin. *consil.* 74. *num.* 17. vbi quod † si melioratio & deterioratio circa eandem rem sit, admittitur compensatio. 12

Respondeo inprimis Baldum loqui de conductore, non autem de emphyteuta, vt videri potest.

Secundo, tunc esse meliorationem circa vnam & eandem rem quando emphyteuta loco succisarum arborum nouas substituit, tunc dicitur † in vna & 13 eadem re meliorationem & deteriorationem attulisse, ita declarat & in puncto ad Baldum respondet Natta *d. cons.* 482. *n.* 3. *vers. præterea.*

Sed iste non est casus noster, quia non est articulatum nec probatum in processu, in locum succisarum arborum alias fuisse substitutas, ergo non est probatum damnum & deteriorationem contigisse circa vnam & eandem rem.

Imo ex iam dictis apparet non licere emphyteutæ arbores incidere, licet in locum earum alias substituat, nisi vetustæ sint & corruptæ, quas excidi melius & vtilius sit fundo, vt dicebat Paul. Castrens. Tiraquell. Natta, Corbul. & alii supra proxime citati.

Et certe Doctores *in auth. qui rem. C. de sacrosanct. eccles.* qui communiter voluerunt deteriorationem non compensari cum melioratione, locuti sunt vbi in vna & eadem re, hoc est, in vno & eodem prædio facta est melioratio & deterioratio, non autem in diuersis: sicut ex præfatis authoribus videri potest.

Quartum argumentum est, quod deterioratio non sit notabilis, habita ratione prædii emphyteutici.

Respondeo esse notabilem, vt expresse dicunt testes in processu primo examinati, quia dicunt istos reos abstulisse meliora & reliquisse peiora.

Et negari non potest quin † arbores 60. vel 70. 14 fuerint abscissæ sicut testes vltimi oculata fide deponunt, quæ deterioratio sufficit, Surdus *decis.* 102. *num.* 9. vbi dicit notabilem esse incisionem, quia erat arborum vltra quinquaginta.

Hæc autem abscissio sufficit in casu nostro, quia adest instrumentum iuratum, quo emphyteutæ promiserunt vti ad vsum boni liuellarii, & sic meliorare, vt in actis productum habetur.

Quo casu duarum arborum † abscissio suffi- 15 cit, vt per Nattam *consil.* 481. *num.* 14. Bero. *consil.* 120. *num.* 34. *lib.* 1. Corbul. *de iure emphyt. cap.* 13. *n.* 10. Franc. Milanen. *decis.* 27. *num.* 31. *lib.* 2. qui Doct. adducunt leges & rationes quibus nemo respondet. Si duarum arborum incisio sufficit, ergo multo magis 60. & 70. arborum & plurium.

Vltimum argumentum est, tentari posse cum emphyteusis sit laica † non committi pœnam ca- 16 ducitatis ob deteriorationem nisi præcedat monitio.

Respondeo hanc fuisse opinionem Romani *in l. diuortio.* § *si fundum. ff. sol. matrim.* quæ vera esse potest, quãdo deterioratio fit per negligentiam emphyteutæ & sic per factum negatiuum, secus autem si fiat deterioratio per incisionem arborum, & sic per factum affirmatiuum: quia tunc nulla opus est monitione, Alexand. *in d.* § . *si fundum. num.* 4. & ibi Franc. Curt. *in addit. ad lit.* C vbi alios citat.

Et est communis sententia, quod per deteriorationem emphyteuta cadat à iure suo, siue sit ecclesiastica siue laica emphyteusis, vt per Corbul. *de iure emphyt. c.* 13. *n.* 4.

Videtur ergo pronunciandum contra emphyteutas, quod † ob deteriorationem per incisionem 17

 arbo-

arborum inciderint in caducitatem, sicut iudicauit senatus apud Surdum *decis. Mantuæ.* 300. *in fine.* & in practica seruari testatur Clarus § *emphyteusis.quæst.*26. & in terminis Surdus *decis.* 102. *n.*9.

Andreas Fachineus Pisis,
nomine Collegii.

Pro Illustrissimo Domino Equite
Ponio Pisano.

ARGVMENTVM CONSILII L.

De emphyteuta qui non soluit totum canonem an ceciderit suo iure, & an soluendo pro tempore futuro euitet caducitatem; & an possit moram purgare & quando.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuta qui soluit, sed non totum canonem, non dicitur cessasse per triennium.*
2 *Emphyteuta qui non soluit, dicitur cōtemnere dominum, quæ causa est, vt priuetur iure suo.*
3 *Dominus recipiendo partem canonis dicitur caducitatem remittere.*
4 *Iure canonico emphyteuta qui totum canonem nō soluit, non priuatur iure suo.*
5 *Eccl sia pœnas exigere non potest vltra quam eius interfuit.*
6 *Emphyteuta qui totum canonem non soluit, cadit suo iure ex communi, quæ reiicitur.*
7 *Qui tenetur aliquid facere sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum faciat.*
8 *Conditio est indiuidua, nec potest pro parte impleri.*
9 *Nil actum videtur, vbi aliquid agendum superest.*
10 *Edere non dicitur, qui totum non edit.*
11 *Nec defe..dere, qui in totum non defendit.*
12 *Nemo inuitus incidit in communionem.*
13 *Pactum legis commissoriæ locum habet si totum precium non soluatur, licet defectus sit in vno nummo.*
14 *Denunciare obligatus maleficia si vnum denunciare negligat punitur.*
15 *Pœnas legum excedere non debemus.*
16 *Communis sententia Dd. non semper sequenda.*
17 *Cessatio aliud est, aliud contumacia.*
18 *Contumax quis.*
19 *Dominus recipiens canonem pro tempore futuro etiam cum protestatione dicitur remittere pœnam.*
20 *Renunciare videtur iuri quæsito, qui facit actum incompatibilem cum ipso iure quæsito.*
21 *Moram purgare potest emphyteuta.*
22 *Si soluat paulo post declarationem caducitatis dicitur moram purgasse.*
23 *Emphyteuta ecclesiæ semper potest moram purgare si ecclesiæ ius non sit factum deterius.*
24 *Emphyteuta non potest morā purgare soluendo post duos menses, sed reiicitur hæc sententia.*
25 *Moræ purgatio æquitate nititur.*
26 *Et fieri potest si ius ecclesiæ non sit factum deterius.*
27 *Procurator ecclesiæ recipiendo canonem post caducitatem præiudicat ecclesiæ.*
28 *Quando dominus recepit solutionem.*
29 *Et quando tam ipse quam dominus notitiam habet caducitatis & nihilominus recipit canonem.*

Facti species.

ILlustris Dominus Eques Ponius tenebatur soluere singulis annis Reuerendissimo Capitulo & Canonicis cathedralis Ecclesiæ ciuitatis Pisarum libras 200. casei in mense Maii, & libras 256. solidorum in pecunia numerata, die 15. Augusti, sicuti apparet ex contractu bonorum emphyteuticorum, scripto & celebrato inter ipsum & Capitulum sub die 12. Septembris 1562. in quo inter alia continetur pactum quod si prædictus eques per triennium continuum cessauerit in solutione dicti canonis seu liuelli caderet à iure suo.

Anno 1596. dictus Dominus Eques soluit dictum canonem emphyteuticum sed non totum deficientibus scilicet 60 lib. solidorum.

Anno 1599. die 29. Iulii præfatus Eques deposuit dictas lib. 60. nec non lib. 512. pro anno 1597 & 98. & lib. 600. casei pro annis 97. 98. & 99. & die 14. Augusti dicti anni 99. deposuit lib. 256. solidorum pro residuo canonis debiti totius dicti anni 99. stylo Pisano.

Cæterum Reuerendiss. Domini Canonici die 1. Iulii anni 1599. declararunt præfatum Dominum Equitem cecidisse ab omni iure emphyteutico propter canonem non solutum, per spacium triennii.

Quod vero attinet ad pecuniam, & caseum, vt supra per dictum Equitem deposita omnia hæc Camerarii Reuerendiss. Dominorum Canonicorum acceperunt à depositario, expolitis eidem debitis quietantiis cum protestatione, sine præiudicio dictorum Canonicorum & Capituli, & distribuerunt omnia inter præfatos Dominos Canonicos secundum mandatum eis datum siue ordinem constitutum à duobus Reuerendiss. Dominis Canonicis per Reuerendissimū Capitulum supradictum deputatis ad faciendas huiusmodi distributiones. Et hæc acciderunt pendente lite, iam ad dictam caducitatem iudicialiter mota per præfatos Dominos Canonicos & Reuerend. Capitulum: super qua lite postea fuit lata sententia ex consilio Excellentiss. Domini Assessoris contra dictum Equitem, à qua D. Eques appellauit.

Quibus sic se habentib. in facto quæritur, an præfatus Dominus Eques defendi possit à prætensa caducitate: & sic an recte fuerit iudicatum, an vero bene appellatum pro parte eiusdem Domini Equitis?

Christi Saluatoris nostri inuocato præsidio.

EXistimo secundum ea quæ proponitur Dominum Equitem recte defendi posse à prætensa caducitate, & sic male contra ipsum pronunciatum & bene appellatum, multis quidem rationibus & argumentis: quæ vbi clare & dilucide, in medium attulero, tum argumenta omnia refutabo quibus Excellentiss. Dominus Assessor motus fuit ad pronunciandum aduersus Dominum Equitem.

Primo, quia sic in instrumento actum & conuentum est, vt si per triennium continuum Dominus Eques cessaret in solutione iure suo caderet. Sed per triennium continuum non cessauit, ergo non cecidit iure suo emphyteutico. Quod autem non cessauerit, probatur, quia soluit de anno 96 totum Canonem, exceptis 60. lib. & consequenter duobus tantum † annis sequentibus videlicet 97. & 98. cessare videtur. Istam consequentiam præclare comprobat author *tractat. diuidui & indiuidui. n.* 550. *& seq.* & inter cætera dicit, eū qui soluit partē Canonis non videri dominum contemnere, quasi nō videatur illū agnoscere tanq̄ dominum, quæ † causa est priuationis iuris 1
emphy-

emphyteutici ob non solutionem: ad notata per Bar. *in l. secunda. n. 8. C. de iur. emphyt.* & ibidem per Ias. *n. 224.* per Ruin. *cons. 210. libr. 1.* Clar. *§. emphyteusis. qu. 10.* imo inquit per solutionem partis videtur agnoscere Dominum, & non contemnere.

Secundo, quia Dn. recipiendo ab emphyteuta partem Canonis debiti, videtur ei omnem pœnam re-
3 mittere, argumento † eius quod notat Gloss. *in c. suam. de pœnis. in verb. persolutu.* quæ pro hac sententia ponderat illum text. *& textum in l. vlt. ff. de eo quod certo loco. & in l. post diem. ff. de lege commiss.* & istud est quod scribit idem author *dict. tract. diuidui & indiuidui. num. 553.* Dominum quidem non teneri ad recipiendam particularem solutionem, imo posse eam recusare, quia habet plurima incommoda, sed tamen si receperit, videri pœnam remittere, & idem scribit Marian. Soc. *in dict. cap. suam. num. 25.*

Tertio, quoniam quicquid sit dicendum inspecto Iuris Ciuilis rigore, secundum æquitatem iuris Canonici, quæ in foro ecclesiastico procul dubio seruanda est, emphyteuta, qui non soluit totum cano-
4 nem † non est priuandus iure suo, sicuti præclare ostendit Imol. ex sententia Flor. *in c. potuit. n. 47. de locat. & cond.* Et præsertim vero authoritate illius text. Cui neminem in specie contradicentem inueni, hoc est, in terminis iuris Canonici.

Pro cuius confirmatione addi potest, quod perso-
5 næ ecclesiasticæ non † possunt pœnas exigere, vltra quam earum intersit, sicuti concordando opiniones scribit Anton. Gabriel. *lib. 7. communium conclusionum. tit. de malefitio. conclusion 24. nu. 4.* Non videtur autem interesse Dominorum Canonicorum tale ac tantum esse propter solutionem totius Canonis non factam, vt propterea pœnam caducitatis exigere possint, considerando, quod ex solutione partis facta per Dominum Equitem, videtur eos agnouisse in Dominos rei emphyteuticæ, si enim eos noluisset agnoscere, & contemnere voluisset, nihil prorsus eis soluisset.

Quarto, quia etiam iure Ciuili inspecto, nequa-
6 quam vera videtur eorum sententia, qui † scribunt, emphyteutam priuandum esse iure suo, si totum Canonem non soluerit: Etenim hæc sententia originem habuit à Speculatore *in § emphyteusis. quæstion. 29.* qui hoc dixit nulla legis authoritate adductus, nec respondendo ad leges contrarias. Cæteri vero Doctores re aliter non discussa in eiusdem sententiam transierunt, ad instar auium, quarum vna si volat, reliquæ sequuntur.

Argumenta vero, quæ à Doct. afferuntur pro hac sententia Speculator. nullius plane momenti sunt.

7 Primum est, qui tenetur aliquid † præstare sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet. *l. in executionem. § item si ita. ff. de verb. oblig.* sed emphyteuta tenetur Canonem præstare sub pœna caducitatis: Ergo nisi totum præstet, incidit in dictam pœnam. Respondetur pœnam esse impositam emphyteutæ cessanti in solutione p triennium continuũ. Sed nõ dicitur cessasse in solutionem is qui aliquid soluit: ergo non potest esse locus pœnæ caducitatis, alias sequeretur, emphyteutam esse priuandum, licet primo & secundo anno solueret, & tantum cessaret in solutione per annum, quod est falsum.

8 Secundum, conditio † indiuidua est, nec potest pro parte adimpleri, *leg. cui fundus. ff. de condition. & demonstration.* Sed emphyteuta habet rem sub ista conditione, vt soluat Canonem: ergo totum soluere debet.

Respondeo totum quidem Canonem soluendum esse ab emphyteuta, sed non recte infertur eum in pœnam caducitatis incidere, si totum non soluat, quia Dominus recipiendo partem videtur remittere pœnam, vt supra dictum est, & quia ex solutione partis Dominum videtur agnoscere, non autem contemnere, qui quidem contemptus est fons & origo, vnde nascitur ipsa causa caducitatis emphyteutæ, alias si valeret argumentum sufficeret ad incurrẽdam pœnam caducitatis, quod emphyteuta cessaret per vnum tantum annum, quod est falsum. *cap. potuit. de locat.*

Tertium argumentum, nihil actum † videtur cum 9
aliquid agendum superest, *l. penult. Cod. de his quibus vt indig.* hinc dicimus eum † non defendere, qui in to- 10
tum non defendit, *l. defensor. ff. de interrogat. act.* & is non dicitur † edere, qui in totum non edit. *l. argenta-* 11
rius. §. 1. ff. de eden. Respondeo concedendo totum argumentum, sed dico non posse propterea inferri, quod emphyteuta cadat iure suo, si totum canonem non soluit; quia ad incurrendam caducitatem, requiritur cessatio in totum, id est, quod ꝓ toto triennio nihil soluit, sicut bene considerat author *tractat. diuidui & indiuidui. dict. num 550.*

Quartum est *ex l. fistulas. §. qui fundum. ff. de cont. empt.* in illis verbis: *Nec si partem soluat, ex empto cum vend. tore agit. &c.* Respondeo fatendo, quod emphyteuta, si totum non soluat, non videtur adimplere pro parte sua: sed non sequitur eum propterea priuandum esse: quia si valeret hæc consequentia, sufficeret ad incurendam caducitatem vnius duntaxat anni non facta solutio, quod falsum est, *capit. potuit. de locat.*

Quintum argumentum est *ex l. quamdiu. Codic. de distract. pign.* vbi creditori competit facultas distrahendi rem pignoratam, si integra pecunia debita nõ soluatur. Respondeo nihil ad rem facere, quia fatemur etiam emphyteutam cogi posse ad soluendum integrum canonem, sed non propterea priuandus est iure suo, nisi in totum cessauerit in solutione: ex his quæ iam dicta sunt.

Sextum argumentum, qui non soluit totum canonem, non adimplet pro parte sua contractum: ergo frustra petit sibi adimpleri ab altera parte. *l. quæro. §. interlocutorem. ff. locati.*

Respondeo hæc iura esse, sed non recte inferri ad caducitatem, quia si valeret illatio, vnius tantum anni negligentia sufficeret, ꝙ tamen falsum est. *vt s. dixi.*

Septimum argumentum: emphyteuta qui nõ soluit totum canonem, amittere debet, vel totam rem emphyteuticam, vel partem eius; sed partẽ nõ debet amittere, quia sic Dn. † inuitus incideret in commu- 12
nionem cum eo, *contra leg. si non fortem. § si centum ff. de cond. indeb.* ergo totum amittere debet. Respondeo, nec totum nec partem amittere debere, quando partem soluit, quia ex solutione partis videtur Dominum agnoscere, & Dominus recipiendo partem, videtur ei pœnam remittere. *vt supra dictum.*

Octauum argum. emphyteuta qui totum non soluit videtur contemnere Dominũ: ergo est priuandus iure suo. Respondeo, non videri contemnere, imo agnoscere Dn. sed dato ꝙ aliqua ex parte videretur contemnere: dico non quẽlibet contemptũ sufficere ad incurrendam caducitatem, sed eum requiri contemptum, qui inducitur ex cessatione triẽnali, secundum instrumentum contractus, de quo agitur.

Nonum argum. est ex Gloss. *in l. res bona fide. ff. de contrah. empt.* si res vẽdita sit cũ pacto legis cõmissoriæ: h. e. vt si precium solutũ non sit intra certũ tẽpus, res sit

13 inempta, locum habet dictum † pactũ, si emptor totum non soluat, licet deficiat, inquit Gl. in vno nummo. Respondeo hęc esse dissimilia, quia pœna priuationis in casu nostro imponitur per cessationẽ triennalem, quamobrem ex tam parua quantitate priuatio induci non potest, quia si posset induci sufficeret vnius anni negligentia in soluendo, quod falsum est.

Vltimum arg. est ex doctrina Bart. *l. cũ si exhibuissent. §. vlt. ff. de publican.* vbi dicit eum qui officium habet
14 malefici † denunciandi, puniendum esse si vnum tantum maleficium denunciare neglexerit: & ex doctrina Baldi *l. etiam. nu. 8. Cod. ad l. falcid.* vbi dicit eum qui fidem accommodat testatori de restituendo aliquid incapaci, indignum esse hereditate, ideoque ei auferendam & fisco applicandam esse. Respondeo, non tam dure ac seuere cum emphyteuta agi, quoniam non omnis negligentia ipsius in soluendo canonem digna visa est legum latorib. pœna priuationis, sed tantum negligentia triennalis: nostrum igi-
15 tur non est † excedere pœnas legum. *l. si ita stipulatio. ff. de verb. oblig. l. interpretatione. ff. de pœnis, cap. odia. de regul. iur. in 6.*

Cum igitur sententia Speculatoris nullo satis firmo nitatur fundamẽto, sicut ex prædictis patet, non debemus eam sequi: sed poti⁹ contrariã sententiam,
16 licet illa † esset communis, vt per Gram. *consil. ciuili. 4. num. 11* Præsertim vero cum ex supradictis rationibus aperte falsa conuincatur. Communis enim sententia non est attendenda, quando falsa conuincitur aliqua viua & vrgenti ratione, vel quando contraria sententia melioribus rationibus est munita: sicut tradunt Doctores *in capit. 1. de constit.* vbi Felinus *num. 34.* Dec. *num 29.* Berous *num. 250.* Mantua *num. 211.* & infiniti alii, quos referunt & sequuntur moderni, *in tractatu de communi opinione. libr. 2. titul. 9. casu 17. num. 86. & sequent.*

Quod autem contraria sententia sit verior, quam amplexi fuere Iason *in l. in executione. §. item si ita. de verb. oblig.* Guido Papæ *decis. 174.* Petrus Benintendus *decis. 6.* Afflict. *decis. 80 in fine.* Clarus *§. emphyteusis qu. 8 vers. hoc autem.* & dictus author *tractatus diuidui & indiuidui. d. nu. 550.* Patet ex eo, quod pro hac sententia facit *textus & ibi Gloss. in capit. sua. de pœnis.* vbi per receptionem partis debitæ videtur remissa pœna, & per alia iura adducta, per Doctores locis suprad. quibus neq; Speculator, neq; quisquam alius respondet.

Quintum argum. pro Illustr. Dn. Equite consideratur ex eo, quod dato, & non concesso, quod opinio Speculatoris & sequacium esset attendenda, tamen in casu nostro locum non habet: hoc enim Speculator decidit, quod si emphyteuta non soluat totum canonem per contumaciam, cadat à iure suo: vnde cum cęteri Dd. eum sequantur, procul dubio intelligendi erunt in terminis, in quibus Speculator locutus est ad not. per Bartol *in l. non solum. §. liberationis. de lib. leg.* quando videl. emphyteuta per contumaciam non soluit: sed in casu nostro nulla fuit contumacia Domini Equitis, quibus Speculatoris decisio casum nostrum non attingit.

17 Notandum est enim aliud esse † cessationem, aliud vero contumaciam, sicuti docet Gloss. *in l. si accusatoribus. vers. contumacia. C. de accusat.* quam refert & sequitur Alberic. *in dictionar. in verb. contumacia.* nam contumax is dicitur, qui tribus edictis propositis, vel vno pro omnibus vocatus nõ comparuit *l. contumacia. § contumax. ff. de re iud.* sed hic Dn. Eques non fuit iudicialiter vocatus, sed tantummodo cessauit in solu-
18 tione: ergo non potest † dici per contumaciam non soluisse, sicut loquitur Speculator, & per consequens decisio Speculator. nihil ei obstare potest.

Sextum argum. quia vt patet ex narratione facti Dn Eques soluit præfatis Dn Canonicis, Canonem temporis præteriti & futuri: vnde dato & non concesso, quod incurrerit in aliquam caducitatem, dico illam censeri remissam, ex receptione dicti Canonis præteriti † & futuri post caducitatem, non obstante 19
contraria protestatione: sicuti concludunt communiter Doctores, teste Rum. *in cons. 110. nu. 4. lib. 1.* Clar. *in § emphyteusis. quæst. 10* Corbulo *de iure emphyteutic. c. 15. decl. 21. num. 2.* vbi plurimos alios citat: & ratio est clarissima, quia is, qui facit actum incompatibilem, cum iure iam quæsito, dicitur iuri suo renunciare *leg. post diem. ff. de lege commiss. l. commiss. Cod. de pact. inter empt. & vend. l. secunda. C. de iure dom. im petr. l. vlt ff. de inoff. test.*
est † autem actus iste incompatibilis, videl. caducitatem prætendere, & canonem recipere pro tempore 20
futuro, & istud puto ego esse tutissimum fundamentum.

Cui non obstant quæ continentur in motiuis clarissimi Domini Assessoris, sicut infra suo loco ostendam.

Septimum argumen. deduci potest ex purgatione moræ sacris Canonibus concessa: nam emphyteuta qui non soluit canonem celeri satisfactione † potest 21
morã purgare, ad euitandã caducitatẽ *c. potuit. de locat.*

Et licet magna sit disputatio inter Dd. circa temp⁹, intra quod dicta mora purgari possit, tamen hæc est conclusio verissima, licere emphyteutæ moram purgare, et post declaratam caducitatem à Dn. si hoc faciet celeri satisfactione, sicuti in casu nostro accidit. Nam die 1. Iul. facta est declaratio caducitatis, & die 29. eiusdem mensis factũ est à Dn. Equite depositum Canonis pro tempore præterito: vt patet ex actis causæ, & supponitur in themate proposito.

Quod autem illud emphyteutæ liceat de iure præclare docet † Didac. Couarr. *libr. 4. variarum resolutio-* 22
num. cap. 17. sub num er 4. & post eum Aurelius Corbulus *de iure emphyteutico. c. 15 li... it 41. numer. ... & 10.* vbi adducit rationem iudicio meo fortissimam & irrefragabilem: quia scilic. emphyteutæ competit hoc beneficium, vt possit moram purgare *d. cap. potuit. de locat.* consequenter non potest ei auferri per declarationem caducitatis à Domino factam, vt latius per eum ibi videri potest, qui satis docte & clare loquitur.

Octauum argument. pro D. Equite desumi potest ex eo, q. secundum æquitatẽ quæ seruari debet in foro ecclesiastico, mora quandocunq; purgari potest, si ecclesiæ † ius non sit factum deterius. Rum. Ias. Dec. 23
Cagnol. Bertran. quos refert & sequitur D. Cephal. *cons. 25 nu. 7.* & plurimi alii quos refert & sequitur D. Menochius *cons. 543. num. 1. 2. 3. libr. 5.* qui omnino videndus est, loquitur in emphyteuta, hic autem non est factum ius ecclesiæ deterius per dictam solutionem non factam, igitur mora purgari potuit per Dn. Equitem.

Quibus ita stantibus non est difficile ad ea respondere, quæ continentur in motiuis præfati Domini Assessoris.

Etenim fundamentum ipsius in eo est positum, q. Dominus Eques cessauerit in solutione Canonis per triennium, eo, quia idem sit iudicandum de Ann. 96. quo non fuit facta integra solutio, quod de cæteris annis, ex communi sententia Doctorum, quod emphyteuta sit priuandus iure suo, si totum Canonem non soluat per triennium.

Sed

Sed respondere potest dictam communem opinionem erroneam esse, & ideo nō attendendam per supradicta.

Secundo non procedere de iure Canonico, quod omnino seruandum est in foro ecclesiastico, vt per Imol. *d. c. potuit. nu.* 47.

Tertio dato quod sit vera, intelligendam esse in terminis in quibus Speculator locutus est, ex quo dicta communis opinio originem habet, scil. quando emphyteuta non soluit per contumaciam.

Quarto intelligendam esse, quando Dn. recusat accipere partem canonis debiti, secus autem si recipiat, quia recipiendo pœnam remittere videtur: vt supra late deductum fuit, *ex Gloss. in cap. suam. de pœnis. & ex aliis supra citatis.*

Secundo motus est Dn. Assessor, quia emphyteuta moram purgare potest intra tempus arbitrio iudicis remissum; in proposito autem casu iudicem iuste arbitrari potuisse, non esse locum purgationi moræ, quoniam solutio facta est 10. mensibus elapsis post triennium iam elapsum, ex traditis per Corbulum, *de iure emphyteutico. cap.* 15. *limitat.* 41. *numer.* 15. vbi citat Baldum. Iason. Decium, Ancharan. Berоum, Rip.
24 quod † post duos menses elapsos, locus non sit purgationi moræ.

Respondeo cum Domino Menochio *in cons.* 543. *libr.* 6. *nu.* . quod cum communis sit omnium sententia, esse in arbitrio iudicis positum, quando dicatur celeri satisfactione mora esse purgata, non est arctandus iudex ne arbitretur vltra duos menses, quia hoc non esset amplius arbitrarium, sed de iure determinatum, vti scripserunt Bart. *in l. ambitiosam. num.* 11. *ff. de decret. ab ord. faciend.* Imola *in cons.* 44. *numer* 2. quos idem Menochius sequitur *de arb. tr. iudic. quæstion.* 14. *numer.* 2.

Et propterea opinio illa Baldi *in cons.* 157. *lib.* 2. à cæteris reiicitur, vbi Bald. dixit, tempus duorum mensium esse ad purgandam moram, vt per Menoch. *de arbitra casu* 7. *nu.* 6.

Nec obstat authoritas Iason. *in l.* 2. *numer.* 84. *Cod. de iur. emphyteut.* quia nititur authoritate Ancharani *consil.* 420 vbi Ancharanus dicit emphyteutam non dici celeriter satisfecisse, si post biennium vel triennium satisfecit, non autem dicit Ancharanus, quod vt dicatur celeris satisfactio debeat esse facta intra duos menses.

Non etiam repugnat authoritas Decii *in cons.* 138 *n.* 7. qui relata authoritate Ancharani, hoc tantū dicit iudicem non posse arbitrari de biennio vel triennio, sed posse de duobus mensib. & ita etiam Anchar. tenuit & intellexit Berous *in cons.* 63. *n.* 37. *lib.* 3.

Ita etiam euitatur Ripæ authoritas *in l. si insulam. n.* 36 *de verb. obl.* cum & ipse peius cæteris retulerit *consilium illud* Ancharani 420. hæc fere omnia attuli ex Menochio *d. cons.* 543. *nu.* 1.

Secundo respondeo cum eodem Menochio *ibid.*
25 *numer.* . moræ purgationem † esse in æquitate fundatam, & secundum eam permissam *l. si crnum. §. sequitur. de verb. oblig.* vbi Aretinus *in* 2. *not.* Crotus *in leg. si insulam. num.* 22. *eod. titul.* & ibidem Ripa *num.* 104. & in specie emphyteutæ idem respondit Dec. *in cons.* 38. *num* 7.

Et ideo secundum æquitatem semper admittitur
26 moræ purgatio, quando † ius Domini directi factum non est deterius, ita Decius *cons.* 137. *numer.* 8. *vers. & hoc idem.* Gozadinus *consil.* 66. *numer.* 13. D. Decianus recenset eiusdem opinionis Hostiensem, Baldum, Alexandr. & Ruinum, & inquit Decianus, quod quando agitur de bonis ecclesiæ, in quibus æquitas seruari debet, semper admittitur purgatio moræ, si ius creditoris factum non est deterius: idem scripserunt Curtius Senior *in leg. si quis maior. numer.* 43. *C. de transact.* Galiaula *in leg.* 4. §. *Cato. numer.* 60. *in fine. de verb. oblig.* Sigismundus Loffredus *consil.* 4. *num.* 8. & in terminis claris Alciat. *in dict.* § *Cato. num.* 106. quod inter religiosos, & qui æquitatem seruare debeant, admittitur semper purgatio moræ, si ius ipsius Domini directi non est factum deterius.

Hæc adducit Menochius *dict. consil.* 543. *num.* 1. *& sequ.* vbi respondet ad contraria, quibus addi potest D. Cæphal. *consil.* 25 *num* 7. vbi citat præter supradictos Cagnolum, & Bertrandum & alios. Ex quibus manifeste apparet hanc esse communem omnium sententiam, ex qua conciliantur opiniones contrariæ: nam qui dicunt celeri satisfactione purgandam esse moram, puta intra duos menses, loquuntur secundum iuris rigorem, secus autem secundum canonicam æquitatem, quæ seruari debet in foro ecclesiastico, sicuti declarat optime Menoch *vti supr. num.* 3. Cum itaque ius ecclesiæ non sit factum deterius ob moram D. Equitis in soluendo commissam merito dicendum est, eum potuisse purgare moram ad euitandam caducitatis pœnam etiam post 10. menses elapsos.

Tertio, Dn. Assessor motus fuit ea ratione, quod Camerarius Dominorum Canonicorum † recipien- 27
do dictum canonem temporis præteriti & futuri non potuerit præiudicare Ecclesiæ, quæ iam declarauerat caducitatem, *ex trad.* per Decium *cons* 319. *nu.* 5. & per Corbulum *de iure emphyt. cap.* 15. *limit.* 21. *num.* 5. & tanto magis cum receperit sine præiudicio Capituli, & non alia, nec alio modo.

Respondeo dictum Camerarium non solum accepisse d. solutionem canonis præteriti & futuri, verum etiam distribuisse Reuerendis D. Canonicis, vt in facto verum est, & in themate narratur, secundum ordinem eidem datum à duob. Canonicis per Reuerendum Capitulum constitutis, ad faciendas huiusmodi distributiones.

Ex quo infertur præfatos Reuerend. Dn. Canonicos ratificasse dictam solutionem factam, & consequenter, licet ex facto dicti Camerarii damnum ecclesiæ inferri non posset, tamen ex ratificatione tacita ipsorum Canonicorum & Capituli, quia solutionem receperunt † præiudicium ecclesiæ inferri potuit, & sic remissa caducitas: sicuti concludit Dec. *in* 28
d. cons. 319. *nu.* 3. *vers. sed replicari potest.* Et ratio est, quia cum Canonici receperint pecuniam istam, est perinde ac si ipsis immediate fuisset soluta; quo casu non esset dubium, quin caducitas remissa intelligeretur, ex communi Doctorum conclusione, quod Dominus recipiendo etiam cum protestatione canonem futuri temporis, censetur caducitatem remisisse, vt supra late deductum fuit.

Secundo respondetur, quod quando Dn. & Procurator constitutus ad exigendum portionem seu canonem emphyteuticum, scientiam habet caducitatis incursæ per † emphyteutam, tunc procurator recipiendo canonem præiudicat Domino, quia fuit 29
Dn. in culpa non admonendo ipsum Procuratorem ne reciperet: ita voluerunt Gl. Io And. & Imol. quos citat Afflict. *decis.* 119 *nu.* 9. & sequitur Io. Petr. Surd. *decis. Mantua* 181. *num.* 16.

Sed in casu nostro negari non potest, quin Reuer. D. Canonici, & Capitulum prædictum, nec non etiam Camerarius, notitiam habuerit caducitatis decla-

declaratas, quia fuit facta declaratio die 1. Iul. & pecunia fuit postea deposita & oblata, & demum à depositario exacta, & recepta per dictum Camerarium, qui propter notitiam, quam habebat, declaratæ caducitatis protestationem illam fecit: Ergo solutionis receptio facta à Camerario præiudicat. Respondeo Capitulo & Canonicis.

Non obstat, quod dicitur in motiuis præfati Dn. Assessoris, capitulum ratione pensionis præteritæ in pecunia numerata potuisse prætendere creditum in maiori quantitate, quam sit illa quæ recepta fuit, & ideo intelligi non posse factam receptionem pro pensione futura.

Quia ergo non video istud creditum capituli in maiori quantitate, secundum facti speciem initio propositam, sed bene video aperte factam solutionem pro Ann. 1599. antequam esset finitus, & consequenter video receptionem factam esse pro futura pensione.

Atq; ex his ego puto rem esse clarissimam pro Dn. Equite: & consulo, vt si causa cõmittatur in S. Rotæ Rom. auditorio tria puncta proponantur.

1. An Dominus Eques inciderit in pœnam caducitatis?
2. Dato quod inciderit, an fuerit remissa per receptionem Canonis pro tempore præterito & futuro?
3. An licuerit eidem moram purgare, offerendo ac deponendo postea Canonem, vt in facto supponitur?

Et consulo, vt omnia hæc quæ in facti specie initio consilii mei narrata sunt, probentur diligenter, quibus probatis spero victoriam de summa integritate & doctrina Dominorum auditorum confisus, quæ toti orbi notissima est.

Et tanto magis quia pro victoria D. Equitis sufficit vnum punctum ex tribus decidi ad eius fauorem, & iudicio meo omnia tria resoluentur in fauorem eius. Laus Deo.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

R. P. D. Sacrato.

Pisarum caducitatis

Lunæ 25. Iunii 1601.

Licet sub die 19. Ianuar. 1601. fuerit in hac causa dictum Equitem Leonardum per triennium cessasse à solutione Canonis, non tamen exinde fuit resolutum, illum cecidisse ab emphyteusi, sed reseruatum vt particulariter videretur. Vnde proposito per me dubio sub hac die Lunæ 25. Iun. 1601. An Domin. Eques veniret excusandus à Caducitate, & quatenus non, an illa fuerit remissa. Domini in vtroq; capite affirmatiue responderunt, & quoad primum moti fuerunt eo fundamento, quod defectus solutionis causatus ab errore, non autem à malitia minus soluentis, excusat à Caducitate Bald. *in l. 2. num. 5. versic. vnde ex natura. Cod. de hered. act.* Ias. *in l. 2. num. 55. in fine. Cod. de iure emphyt.* Verall. *decis. 180. num. 4. p. 1.* Et nedum error facti, sed etiam iuris excusat Bald. *cons. 518. num. 3. volum. 5.* cum aliis per Cæphal. *cons. 407. num. 32. volum. 3.* iustus autem error deducebatur ex pluribus.

Primo, quia cessatum fuit in modica summa, cuius modicitatis effectus est, vt potius præsumatur error, quam malitia. Bald. *in leg. quamuis. ff. de condit. & demonstr.* Iason *in l. in executione. §. item si ita. numer. 3. versic. ad idem moueor. ff. de verb. obligat.* quibus non contradicit *decis. Caputaq. 182. part. 1.* quia aliud est quærere, an cessatio in modica summa præsuppositis terminis habilibus, nempe malitia non soluentis, possit reperire viam caducitati. In quibus terminis loquitur Decisio allegata: Aliud est quærere, an ex modicitate summæ non solutæ, potius præsumatur error, quam malitia, qui est casus de quo agitur.

Secundo loco deducebatur error ex eo, quod triennium capiatur à die destinatæ solutionis depositum factum per Equitem, de Anno M D I C. erat in tempore, & licet de iure verius sit, quod tempus incipiat à die inuestituræ, per ea, quæ tradit Alexan. *in leg. diuortio. §. ob donationes. numer. 10. ff. solut. matrimon.* Grat. *consil. 79 numer. 70. volum. 2.* voluit tamen contrarium existimare dictus Eques, tanquam armorum magis, quam legum peritus, *ad not. in leg. 1. Codic. de iur. & fact. ignorant. & in l. fin. Codic. de iure deliber.* & ibi bene Gloss. *verb. arma. versic. ab illa excipe milites.*

Quo vero ad secundum caput, dixerunt remissam fuisse caducitatem exceptione Canonis pro tempore futuro, ex late relatis per Clar. § *emphyteusis. quæstion. 10.*

Nec refragatur protestatio, quia tanquam contraria facto reiicitur. *cap. cum M. de constitut.* fuit in specie dictum coram Illustrissimo Domino Mantica, in causa Romanæ deuolutionis domus, 2. Decembr. 1592.

Non obstat, quod Camerarius recipiendo non potuerit præiudicare capitulo, quia capitulum distribuendo inter Canonicos pensiones receptas ratum habuit factum Camerarii. *ad leg. Paulus. vbi Dd. ff. rem rat. haber.* Decius in istis terminis, *consil. 229. numer. 3.* vnde perinde est, ac si à principio mandasset vt reciperetur. *regul. ratihabitio. de regulis iuris. in sexto.*

Pro Dn. Iacobo de Compagnis Pisano.

ARGVMENTVM CONSILII LI.

De interpretatione statuti Pisani disponentis, ne vxor donare vel relinquere possit marito & eius agnatis, vsque in tertium gradum: & è conuerso, an contineatur relictum sub conditione ferendi nomen & insignia testatoris.

SVMMARIA.

1 *Statuentes non præsumuntur voluisse, quod facile exprimere potuerunt, & non expresserunt.*
2 *Statuta tantum disponant quantum loquuntur.*
3 *Dictio Alii implicat similes.*
4 *Fallit quando materia subiecta non patitur.*
5 *Qualitas posita in vna oratione per dictionem* Nec, *refertur ad sequentia, non autem ad præcedentia.*
6 *Qualitas posita in vna oratione, non intelligitur repetita in alia, vbi est diuersa ratio.*
7 *Donatio inter virum & vxorem fieri non potest per interpositam personam.*

8 Verbo

8 *Verba*, Hoc amplius, *quid significent.*
9 *Statutorum verba sunt intelligenda, secundum ius commune, eo excepto, in quo expresse disponunt contra ius commune.*
10 *Qualitas in vna oratione separata posita, non censetur in alia repetita.*
11 *Qualitas in vna clausula adiecta, non refertur ad aliam, quando concurrit personarum diuersitas.*
12 *Qualitas non refertur ad alia, vbi est diuersa ratio.*
13 *Qualitatis repetitio fit in materia fauorabili, non in statuto.*
14 *Argumentum à rubrica non valet, quando nigrum est generalius rubeo.*
15 *Qualitas posita in sequentibus non refertur ad praecedentia, vbi resultaret aliquid superfluum.*
16 *Statutum Pisanum, quod maritus non possit donare vel relinquere vxori. &c. & è conuerso, est contra ius commune.*
17 *Vxor potest marito relinquere, & è conuerso, de iure communi.*
18 *Statuti Pisani ratio quae sit.*
19 *Fraudis suspicio non capienda vbi alia capi potest.*
20 *Indefinita legis aequipollet vniuersali.*
21 *Indefinita statuti aequipollet vniuersali.*
22 *Donatio dicitur sub conditione, quando donatarius obligatur ad ferenda insignia testatoris.*
23 *Donatio sub conditione est proprie donatio.*
24 *Legata & fideicommissa conditionalia proprie sunt legata & fideicommissa.*
25 *Donatio mortis causa non est proprie donatio.*
26 *Statutum extenditur ad omnem casum, qui sub lata significatione vocabuli continetur.*
27 *Statuti verba nunquam sic accipienda, vt reddatur eius dispositio elusoria.*
28 *Onus ferendi nomen & insignia leue est.*
29 *Statuti Pisani ratio.*
30 *Cessante ratione legis in vno casu particulari non cessat lex.*
31 *Fauorabiliores sunt rei quam actores.*

Christi nomine inuocato.

ETsi dubia excitata per Excellentissimum Dominum meum in causa Dn Iacobi de Compagnis, docta sint atque subtilia, existimo tamen eis satisfieri posse propter solidum & satis firmum fundamentum, quo ipse Dn. Iacobus nititur, statuti Pisani disponentis; virum non posse vxori suae relinquere, nec ipsius agnatis vsque in tertium gradum: in quo casu nunc versatur praefatus Dominus Iacobus. Sed obiicitur cum non posse in statuto se fundare, quia statuti qualitates non verificantur, ergo partes meae nunc erunt in confutandis argumentis & rationibus, quibus differtur, dictas qualitates statuti non verificari, & aliis quae contra ipsum proponuntur, iis enim sublatis (quod luculenter vt spero fiet) remanebit intentio D. Iacobi recte in statuto fundata atq; iustificata.

Primum igitur obiicitur statutum inter alias qualitates requirere quod bona donata vel relicta agnatis vxoris, ad vxorem reuerti debeant, vel reuerti sit verisimile, quae quidem qualitas in casu nostro cessat ob pronitionem testatoris.

Respondetur statutum Pisanum non requirere hanc qualitatem in ea parte, in qua vetat, à marito donari seu relinqui cognatis vxoris, vsque in tertium gradum, sed tunc requirere hanc qualitatem, cum alii donatur vel relinquitur: sic enim se habent verba statuti. *Et similiter maritus non possit donare vel relinquere alicui ex parentibus, ascendentibus, vel liberis vtriusque sexus vxoris, aut ipsius agnatis vel cognatis, vsq; ad praedictum gradum: sibi vero non attinentibus, nec aliis per quem ad vxorem debeat reuerti, vel reuerti sit verisimile.*

Istis verbis non est expressum, tunc demum prohibitum esse maritum donare vel relinquere cognatis & agnatis vxoris, quando per eos res donata vel relicta reuerti debet ad vxorem, aut reuerti est verisimile, quod tamen si statuentes voluissent facile potuissent exprimere, prout expresserunt respectu
aliorum, ideo cum non † expresserint, nec id vo- 1
luisse videntur, *argument. l. vn. §. sin autem ad deficientis. Codic. de caduc. tollend.* & eorum quae tradit Dn. Tiber. Decianus *in consil. decimo septimo. numer.* 47. *libro primo.*

Statuta enim † tantum disponunt, quantum lo- 2
quuntur, & non plus, Bald. *in leg. testamentum. in fine. Codic. de testament.* & eius verbis inhaerendum est, nec aliquid addendum vel detrahendum, Bald. *in l. maximum vitium. colum. penult. Cod. de lib. praet.* & verba in statutis sunt potius ponderanda, quam mens incerta & imaginaria, Bald. *in consil.* 452. *column.* 2. *libro primo.*

Hoc fundamento stante, non obstat, quod pri-
mo loco in motiuis dicitur, dictionem *alii* esse † im- 3
plicatiuam similium, Gloss. *in l. si fugitiui. Codic. de ser. fugitiu.*

Nam aduertendum est, quod dum Doctores dicunt dictionem *alii* includere casus similes, non aliud volunt, quam quod dictio ista includat casus similes praecedentibus, verbi gratia, *vt habetur in dict. l. si fugitiui.* si lex dicat aliquem puniendum esse poena metalli, vel alia, intelligitur simili, sicut recte explicat inter caeteros Felin. *in capit. sedes. numer.* 6. *de rescript.*

Quam regulam adaptando verbis statuti nostri hoc inferri potest: quod dictio *alii*, posita in statuto denotet alios similes praecedentibus, de quibus supra statutum loquitur, & sic verba praecedentia debent influere similitudinem, in sequentia, in quibus continetur dictio *alii*: sed argumentum adductum in motiuis aliam facit illationem longe diuersam, scilicet, quod dictio *alii*, influat similitudinem in praecedentia, hoc pacto, vt in praecedentibus subaudiatur, ac repetita censeatur ista qualitas, quod res donatae vel relictae agnatis vel cognatis reuertantur ad vxorem, vel reuerti verisimile sit, quae quidem consequentia & argumentatio iure nostro non videtur procedere.

Secundo respondetur dictionem *alii* non im-
plicare similia: quando materia subiecta † id non 4
patitur, vt declarat Gloss. Abbas & Felinus *in dict. capit. sedes. numero sexto. de rescription.* vbi etiam Decius in fine, qui ad hoc allegat textus *in §. primo. in Authentic. vt defuncti seu funera eorum*: ibi, *milites congregare & alios seruos*, & tamen serui non sunt milites, & ibi Gloss. dicit *in verb. seruos.* dictionem *alii* non semper includere similia, allegans Euangelii locum: *Crucifixus est IESVS & alii duo nequam.* Idem etiam docuit Albericus *in Dictionario Iuris, in verbo,* alii.

Sed in terminis statuti nostri materia subiecta non patitur, vt dictio *alii* includat similia, ergo non includit.

Illa

Illa minor propositio probatur, quia qualitas po-
5 sita † in clausula per dictionem *nec*, debet referri ad qualificandum dispositionem, quæ continetur sub dictione *nec*, non autem ad qualificandum ea, quæ continentur in præcedentibus, Parisi. *consil. 36. numer. 20. & 21. libr. 1.* refert & sequitur Dn. Menoch. *in consil. 542. num. 6. libr. 6. & ibidem numer. 1.* scribit dictionem *nec*, ponere casum diuersum & separatum, & stare inceptiue & implicatiue, ex notatis per Parisi. *d. consil. 36. num. 9. lib 1.*

6 Tertio respondetur, quando diuersa adest ratio: qualitatem positam in vna clausula, non † censeri repetitam in alia, Bartol. *consil. 54. libr. 1. sub numer. 4.* Parisi *consil. 36. numer. 25. libr. 1.* cum aliis à Dn. Menoch citatis, *dict. consil. 542. numer. 6. libr. 6.* Alban. *consil. 88. num. 7.* Dn. Decianus plurimos alios citat *consil. 17. num. 35. lib. 1.* vbi loquitur in terminis statuti, & vbi erant dictiones repetitiuæ eiusdem qualitatis.

Sed est diuersa ratio inter agnatos siue cognatos, & extraneos, qui comprehenduntur sub illa dictione *alii*: nam ratio, cur maritus non possit relinquere cognatis & agnatis vxoris est, quam alias adduxi, ne blanditiis & dolis vxoris, inducatur ad relinquendum bona sua cognatis & agnatis vxoris suæ, & priuet alios suos cognatos, & legitimos successores, allegaui tunc Doctores in terminis, vnde non est opus repetere semel deducta.

At in extraneis hæc ratio mouere statuentes non poterat: neque enim verisimile est vxorem persuasuram esse marito, vt bona sua extraneis relinqueret, quia nulla in extraneos cadit affectio, iure nostro considerata.

Ideo in extraneis hæc sola ratio fuit à statuentibus considerata & expressa, quando scilicet per eos res donatæ redirent ad vxorem, aut verisimile esset, reuersuras esse, tunc enim viderentur sibi donare, ma-
7 ritus & vxor † per mediam personam, quod non licet, *leg. 3. §. non tantum. de donation. inter virum & vxorem.*

Non obstat secundum argumentum, deductum ex principio statuti Pisani, dum prohibet generaliter relinquere vxori, nec alii, per quem reuerti debeat &c. quasi inferius ponantur exempla eorum, per quos statuentes suspicati sunt reuerti, videl. cum agnatis vel cognatis relinquitur.

Nam respondeo aduertendum esse, quod statutum postquam generaliter prohibuit relinqui vxori, vel aliis per quos ad vxorem reuerti debeat, &c. & postquam etiam multa alia disposuit circa qualitatem relictorum: & numerum liberorum: postea subiicit ista verba.

Et hoc amplius, vt nec alicui ex parentibus ascendentibus vel liberis, &c. agnatis vel cognatis &c. donare vel relinquere possit, similiter maritus non possit donare. &c.

8 Illa verba: *& hoc amplius*, sunt † ampliatiua dispositionis, *l. si sic. de leg. 3. leg. si tibi pure. cod. l. quis ita. de dote priuileg.* Alberic. *in dictionario, in verb. amplius.* & hoc non habet dubium.

Ergo illa specificatio agnatorum & cognatorum, non est comprehensa in generalibus illis verbis statuti, de quibus in principio, cum dicitur, *nec alii, per quem ad vxorem reuerti possit*, alias hæc verba non ampliarent dispositionem, sed potius explicarent verba supradicta, quod repugnat eorum naturæ & significationi.

Et ex hoc etiam apparet, sensum illorum verborum, in principio statuti & alibi, *nec alii*, per quam reuerti debeat, hunc esse quem dixi, quod videlicet vxor prohibetur viro suo relinquere, & econtra vir vxori, tam per se quam per alias personas, iuxta textum *in leg. 3. § non tantum. de donation. inter virum & vxorem.* nam qui relinqueret alii, per quem ad vxorem res reuerteretur, diceretur proculdubio relinquere per quandam interpositam personam vxori, quod non licet; & nota est conclusio ab omnibus recepta, verba † statutorum esse intelligenda 9
secundum ius commune, eo excepto, in quo ius commune corrigit expresse, *capit. cum dilectus. de fide instrument. leg. secunda. Codic. de nouxalibus.* & si sit contra ius commune, tamen in quantum fieri potest, secundum ius commune interpretari debet. Alexand. *in leg. inter cætera. numer. 5. de liber. & posthum.* late Dn. Cæphal. *consil. 328. numer. 22. cum sequentibus. libr. 3.*

Non obstat tertia ratio, quod omnes illæ personæ contineantur in eadem oratione, quę ab eodem verbo regatur, & consequenter qualitas reuersionis ibi posita, omnes pariter qualificet.

Respondetur enim primo: quod licet omnes personæ sint positæ in eadem oratione, tamen sunt duæ omnino separatæ clausulæ & orationes. Vna respectu cognatorum & agnatorum, altera respectu aliorum, qui non sunt cognati vel agnati, ista enim clausula, *nec alii, per quem debeat reuerti, &c.* est separata quædam clausula & ordinatio, sicut in simili considerat Alciatus *respons. 96. num. 16* & præcipue cum adiecta fuerit dictio *nec*, quæ inducit separationem, vt dixi ex Menoch. *consil. 542. nu. 1.*

Atque quando clausulæ sunt separatæ, qualitas in vna posita, non censetur repetita seu relata ad aliam, † Bartolus *in leg. [illegible] ... leg. 4. in l. Seia.* 10
§ Caio. in prima oppos. d. fundo instruct. Menoch. alios citans *consil. 177. numer. 13. libr. 2. & consil. 3. 6. numer. 35. libr. 4.*

Secundo respondetur, quod vbi adest personarum diuersitas, vt in casu nostro, quia † alia est per- 11
sona agnatorum & cognatorum, alia vero extraneorum, qui significantur per dictionem *alii*, tunc qualitas adiecta primæ personæ vel secundæ, nec reponi nec referri ad aliam potest. Iason *in leg. Titia. §. idem respondit il primo. numer. 5. de verborum obligati* Iacobus Menochius *consil. 177. num. 12. libr. 2. & consil. 326. numer. 52. libr. 4.* Dn. Decianus *consil. 17. numer. 38. libr. 2.* & isti plurimos alios citant, vt videri potest.

Tertio respondetur, qualitatem positam in vna clausula, non posse in aliam referri, quando diuersa ratio adest, vt in casu nostro, quia alia est ratio prohibendi donationem fieri cognatis, alia extraneis, vt supra dixi.

Et quod qualitas † non referatur ad omnia, vbi 12
est diuersa ratio, Tiber. Decian. *dict. consil. 17. numer. 35. libr. 1.* & Iacob. Menochius *dict. consil. 542. numer. 6. libr. 6.*

Quarto respondetur istam repetitionem qualitatis fieri in materia fauorabili, non autem † in mate- 13
ria stricte interpretanda, sicut est statutum, tunc enim omissum habetur pro omisso, Socinus Iunior *consil. 142. num. 29. & 30. lib. 3.* Alciat. *resp. 96. numer. 21.* Menoc. *consil. 76 num. 19.*

Non obstat quarta ratio, quod intentio statuti fuerit, prohiberi relinqui vxori suæ, vel iis, per quos

quos ad vxorem posset reuerti, & consequenter, dum prohibuit agnatis relinqui, statutum Pisanum considerauit, in illis qualitatem illam reuersionis.

Hanc vero intentionem esse statuti Pisani, probatur ex rubrica quæ sic inscribitur. *De his quæ in vxorem dantur*: vnde licet postea in nigro dicatur de aliis personis, intelligendum est quod illis detur propter vxorem, vt conueniat rubrica cum nigro; & quia statutum Pisanum voluit prouidere ne vxori detur, per interpositam personam, expresse vel tacite per fidem accommodatam, quæ latius in motiuis.

Ad hoc enim respondetur, considerandum esse, quod in casu nostro, nigrum est generalius rubro; Postquam enim facta fuit prohibitio generalis, ne vir vxori relinquat per se, vel per alios, per quos reuerti debeat, aut reuerti sit verisimile, vt habetur in principio statuti ciuitatis Pisarum, postea idem statutum aliam diuersam ordinationem fecit, ampliando hanc prohibitionem, etiam ad agnatos & cognatos, vt habetur infra in eodem statuto, versiculo *hic amplius*. vbi prohibitio fit etiam ne relinquatur agnatis & cognatis.

Ergo non debet hic attendi rubrum sed nigrum;
14 non enim valet argumentum à † rubrica, quando nigrum est generalius rubro, sed nigrum attendi debet, vt notat Gloss. *in Authentic. de iniusto rupt.* Alexander & alii *in leg. prima. ff. si certum petatur.* Euerardus *in centur. legali. loco à rubr: in penult. column.*

Nec potest dici eam qualitatem reuersionis repetitam fuisse in agnatis, quia id repugnaret verbis statuti Pisani, quæ sunt clara, & repetunt dictam qualitatem non in agnatis, sed in aliis qui non sunt agnati.

Si enim hæc fuisset statuti intentio, satis erat prohibere ne cuiquam relinqueretur, per quem ad vxorem possit reuerti, non erat opus exprimere agnatos & cognatos, vsque in tertium gradum, & vbi præcedens dispositio redderetur inutilis & super-
15 flua, tunc qualitas † posita in sequentibus, non refertur ad præcedentia, *vt notatur in leg. talis scriptura. de legat. primo.* Decianus *consil. septuagesimo octauo numer. 32. libr. 5.*

Non obstat quod dicitur in agnatis & cognatis considerari posse suspicionem istam de fide accommodata, propter sanguinis coniunctionem, quia nec hoc verum est in illis personis, quæ sunt in potestate donantis, sic vt habetur *in leg. tertia. §. videamus. de donation. inter virum & vxorem.* & ideo donatio prohibita inter virum & vxorem, non potest fieri etiam talibus personis, quæ ibi enumerantur; quod autem aliis ibi non enumeratis, licet cognati vel agnati vxoris sint, non possit donari vel relinqui, nullo iure cautum est.

Et ideo communiter Doctores concludunt, eius-
16 modi statutum † esse contra ius commune, Menoch. *consil. 11 num. 1.*

Et præsertim quatenus prohibet relinqui, cum sa-
17 tis constet † iure communi posse maritum vxori relinquere, & è conuerso, *l. cum hic status. de donat. inter vir. & vxor.*

Ex quo alia oritur consideratio, quod respectu agnatorum & cognatorum non potest considerari ista qualitas reuersionis.

Nam statutum Pisanum non solum prohibet donare, sed etiam relinquere, & Doctores communiter dixerunt, rationem eiusmodi prohibitionis, hanc esse, ne alter coniugum inducatur ab altero, ad relinquendum bona cognatis alterius, auferendo legitimam successionem † suis cognatis vel agnatis, vt 18
tradit Iacobus Menochius post alios. *dicto consilio vndecimo numer. 4.*

Quod autem statuentes talem fraudem metuerint in agnatis & cognatis, nemo hactenus ex Doctoribus dixit, quia vbi aliæ coniecturæ, & rationes possent considerari, nunquam † est capienda fraudis 19
præsumptio. Mascard. copiose *libr. 2. de probationibus. conclus. 814 num. 3.*

Hæc sunt dicta quo ad primam principalem dubitationem.

Quod attinet ad secundam, dicitur in motiuis statutum esse intelligendum de donatione, quę meram continet liberalitatem, non autem de ea quæ onus continet, & idem de relicto, & ideo non posse adaptari ad casum nostrum, in quo testator bona reliquit cum onere ferendi nomen & insignia.

Respondetur multis modis, & primo, quod verba statuti sunt indefinita, dum prohibet mulierem donare vel relinquere, indefinita autem † legis æ- 20
quipollet vniuersali, *leg. si pluribus. de leg. 2.* Gloss. *in cap. vt circa. de elect. in 6.* Couarruuias *libr. 1. variar. resol. c. 13. numer 8.*

Et idem est in indefinita prolata à statuto, nam æquipollet † vniuersali regulariter, vt tradit Bartolus 21
in leg. omnes populi. numero quinquagesimo septimo. de iustitia & iure. Couarruuias *vbi supra. versicul. quarto hinc verius.*

Si ergo omnis donatio & omne relictum est prohibitum, sequitur etiam donationem, & relictum sub conditione ferendi insignia, statuto contineri.

Secundo respondetur donationem factam † cum 22
onere ferendi nomen & insignia, esse donationem sub conditione factam, vt tradit Guido Papæ *decisione ducentesima quinquagesima prima.* & alii quos refert & sequitur Antoninus Thessaurus *decision. Pedemontan. ducentesima septuagesima. numero secundo.* At donatio sub conditione facta, dicitur proprie † donatio, 23
secundum Gloss. *in leg prima. ff de donation.* quam esse communiter approbatam, testatur Clarus post Curtium Iunior. quem citat in *§. donatio. quæstione secunda.*

Ergo & donatio de qua agitur statuto nostro continetur.

Tertio respondetur in nostra facti specie non agi de donatione, sed de hereditate relicta, & sic versamur in prohibitione de relinquendo. Constat autem legata & fideicommissa conditionalia † esse 24
proprie & vere legata, *toto titul. Codic. de condit. insertis. toto tit de condition. & demonstration.* quia tam pure, quam sub conditione legari potest. *§ longe. cum seq. instit. de legat.*

Quarto aduertendum est statutum loqui, tam de donatione simplici, quam de donatione causa mortis, vt patet ex principio, constat autem donationem causa mortis † non esse proprie donationem, *l. 1. ff.* 25
de donat. ergo non loquitur de donatione stricte accepta, sed large & consequenter includit etiam donationem, & relictum conditionale.

Quinto respondetur statutum extendi ad omnem casum, qui comprehenditur † sub lata significatio- 26
ne vocabuli, quando subest eadem ratio, *leg. filium habeos*

habeo. ad Maced. Socinus Iunior *in rubric. solut. matrim. in prima parte. numero septuagesimo quinto.* sed est eadem ratio in donatione conditionali, quæ in pura ac simplici: ergo ex qua prohibita est donatio conditionalis sicut pura.

Eandem esse rationem, patet ex eo, quod ratio statuti, vt alias dixi, prohibens donare cognatis & agnatis vxoris fuit, ne legitimi successores priuarentur successione & hereditate, & illa applicaretur remotioribus, vt alias dixi ex Menoch. *consil. 11. num. 4. lib. 1. & aliis in allegat.*

Hæc ratio locum habet siue pure, siue cum onere, & sub conditione relinquatur; quia iniquum est propinquiores agnatos defuncti priuari legitima successione, siue illa sit delata pure, siue sub conditione.

Sexto respondetur, quod nisi hoc statuto continerentur donationes, & relicta conditionalia eius dispositio facile posset eludi, quia posset maritus vel vxor donare vel relinquere, & adiiciens aliquod onus vel conditionem, & sic eluderet prohibitionem statuti, quod est absurdum, *cap. si ciuitas. de sentent. ex-*
27 *commun. libro sexto.* & quando statutum † alias eluderetur, fit extensio ad casum omissum, licet corrigatur ius commune, Ripa *l. si constante. numer. 73. solut. matrimon.*

Vltimo his accedit, quod hæc conditio ferendi nomen & insignia honestissimæ familiæ, facilis est, & ex potestate pendet eius cui iniungitur, ideo non videtur onus, vel certe leuissimum continere, præsertim habito respectu ad opulentam hereditatem, *arg. l. facta. §. si vero nominis. ad Treb.*

Hinc dicimus conditionem potestatiuam, quę facilis est, non consistens in dando, sed in aliquod fa-
28 ciendo, non requiri etiam † de legitima, quia sc. non videtur onus continere. Vasq. *de success. creat. lib. 3. §. 30. parte 2. num. 112.*

Quibus addi poterunt ea, quæ alias ex Tiraqu. dixi, de donatione continente onus, vt fiat commensuratio lucri & oneris, & quatenus lucrum excedit; reputatur vera donatio ex liberalitate proueniens, vt per eum, *ad l. si vnquam. in verbo, donatione. num. 140. 145. C. de reuoc. donat* & hæc sufficiant, quantum ad secundam principalem dubitationem.

Quod attinet ad tertiam, ratio dubitationis in hoc esse potest, quod in præsenti casu cesset ratio statuti, illa scil. ne mutuo amore coniuges se spolient, de qua per Albam *in cons. 88.*

Respondetur Albam loqui de illa parte statuti;
29 quo vir prohibetur donare † vxori, & è contra; tunc enim ratio talis prohibitionis est, ne coniuges mutuo amore se spolient, de qua per I. C. *in l. 1. & 2. de donat. inter vir. & vxor.*

Sed nostra quæstio est de prohibitione facta relinquendi cognatis & agnatis, cuius prohibitionis ratio esse non potest illa, ne coniuges mutuo amore se spolient, sed ne inducat alter alterum ad relinquendum suis cognatis & consanguineis, & priuandum successores legitimos, sicuti post Andream Siculum & alios, declarat Iacob. Menoch. *dict. consil. 11. numer. 4.* vna cum aliis, quos copiose retulerunt suis in responsis excellentissimi Dn. Paponius & Bonauenturius.

Hæc autem ratio locum habet in casu nostro, quia si valeret dispositio testatoris, cui actor innititur, excluderentur Dn. Iacobus & alii ab intestato proximiores, qui nunc possident bona ista, & ei sunt coniuncti: Imo, & si nulli extarent agnati, qui excluderentur per talem testatoris substitutionem fideicommissariam, nihilominus locum fore dispositioni statuti, patet ex Lancellot. Gallia. & aliis quos adduxit excellentissimus Dn. Bonauenturius in suo responso.

Et ratio potest esse, quia cessante ratione legis in vno † particulari, non tamen cessat lex, vt decla- 30
rat singulariter Couarruuias *in capit. cum esses. numero 9. de testam.* & latius *in epitom. quarto lib. decretal. 2. parte cap. 6. §. 9. num. 8.*

Ex quibus omnibus, nisi fallor, doctissimis motiuis satisfactum esse confido, & rem esse claram pro D. Iacobo, & quatenus esset dubia quod negatur, cum ipse sit possessor & reus, in dubio pro ipso esset pronunciandum †, *leg. fauorabiliores. de regul. iur. leg.* 31
Arianus. de act. & oblig. capit. vlt. de sent. & re iudic. §. commodum. Instit. de interd. D. Cæphal. *consil. 658. lib. 5. num. 35.* Laus Deo.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro eodem.

Argvmentvm Consilii LII.

De eadem causa.

Svmmaria.

1 *Fideicommissum continetur appellatione legati.*
2 *Siue particulare sit, siue vniuersale.*
3 *Onus ferendi nomen & insignia legato adiectum facit illud conditionale.*
4 *Legatum conditionale est proprie legatum.*
5 *Onus ferendi nomen & insignia importat modum secundum aliquos.*
6 *Vbi verba statuti conueniunt, conuenit & eius dispositio.*
7 *Vbi statuti ratio militat, tunc militat statuti dispositio.*
8 *Ratio statuti, ne maritus donare possit, vel legare vxori. &c.*
9 *Legatum post mortem testatoris præstandum.*
10 *Legatum est delibatio hereditatis.*
11 *Maritus legare potest vxori de iure communi.*
12 *Ratio Bartol. in leg. 1. Codic. de Summa Trinitat. impugnatur.*
13 *Quæ sit ratio statuti Pisani, quo prohibetur vir donare vel relinquere agnatis vxoris.*
14 *Interpretatio semper facienda, ne statutum reddatur elusorium.*
15 *Donatio onerosa non est donatio quatenus onus æquiualet rei donatæ.*
16 *Onus ferendi nomen & insignia, non intelligitur iniunctum priuatiue.*
17 *Intell. l. hoc iure. §. vlt. de donat.*
18 *Statutum loquens de donatione, non habet locum in donatione remuneratoria.*
19 *Spurius potest institui à patre ob bene merita, & lex, hac edictali. C. de secund. nupt. non habet locum in donatione facta vxori ob benemerita.*
20 *Dictio etiam est ampliatiua.*
21 *Cap. 4. Ruth declaratur.*
22 *Verba* & hoc amplius, *sunt ampliatiua.*
23 *Argumentum à rubro non valet, quando nigrum est generalius.*

Christi nomine inuocato.

PRo Domino Iacobo Compagno nobili Pisano multa scripsi iam, vna cum aliis excellentissimis Collegis meis, quæ pro illius victoria sufficere meo iudicio debuissent: Sed quoniam contra ipsum pronunciatum est, & causa vertitur coram iudice appellationis, deducam iterum pro eius informatione, omnia argumenta, quæ eius causam perspicuam reddere videntur: & iis deductis ad motiua Domini Consultoris respondebo, ex quibus plane spero manifestum fore, male pronunciatum fuisse, contra ipsum Dn. Iacobum, & bene appellatum pro eiusdem parte.

Quoniam igitur omnis difficultas in hoc consistit, vtrum in præsenti casu locus sit statuto Pisano prohibenti maritum aliquid legare vxori suæ, aut ipsius agnatis vel cognatis, vsque ad tertium gradum: Quandoquidem hereditas relicta per fideicommissum fuit, ea lege & conditione, vt fideicommissarius ferret arma & nomen testatoris de Sancto Cassiano, quæ nobilissima olim fuit familia in ciuitate Pisana, ideo ostendam istud fideicommissum cum tali onere relictum in statuto Pisano comprehendi: deinde argumentis in contrarium allatis respondebo.

Quod igitur fideicommissum conditionale, de quo agitur, quo scilicet iniungitur ipsi fideicommissario onus ferendi nomen & insignia familiæ de Sancto Cassiano sit comprehensum, verbis statuti Pisani supradicti probatur.

In primis enim fideicommissum hoc in casu appellatione legati, & sub prohibitione huiusmodi statuti, contineri, dubitare † non oportet, ex iis quæ
1 tradit Lancellot. Gallia. *in consuetudinem Alexandrinam. in verb. legare. quæstion. prima. numer. quinto. cum sequentib.*

2 Siue particulare † sit fideicommissum, siue vniuersale ex substitutione, Gallia. *vbi supra. quæstione quinta.*

Sicut igitur vxori maritus, legare non potest, nec illius agnatis &c. ita nec per fideicommissariam substitutionem eis aliquid relinquere potest.

Quod autem comprehendatur, istud etiam fideicommissum non pure relictum, sed cum onere, probatur hac euidenti ratione.

Nam istud onus ferendi nomen & insignia testa-
3 toris adiectum legato † vel fideicommisso, facit illud conditionale, vt in terminis tradit Guido Papæ *decisione* 251. & multi alii, quos refert & sequitur Antoninus Thessaurus *decisione vltima. numero secundo.*

Sed legatum seu fideicommissum conditionale est vere & proprie legatum & fideicommissum, igitur in statuto, de quo loquimur contineri videtur.

Quod legata & fideicommissa sub conditione relicta, sint vere & proprie legata & peti possint eisdem actionibus, quibus pura legata & fideicommissa petuntur, eisdemque legibus & constitutionibus ac † iuris regulis contineantur, manifestum 4
est *ex toto titul. Codic. de condit. insertis legatis vel fideicommiss. & ex toto titul. ff. de conditione & demonstratione.*

Et in terminis huius conditionis ferendi nomen & insignia est textus *in leg. facta. §. si vero nominis. ff. ad Trebell.*

Quod si dicamus istam non esse conditionem, sed modum legato † vel fideicommisso adscriptum, 5
iuxta tradita per Molinam *de primogen. libr. 2. capit.* 14. *numero duodecimo.* nihil istud obstat; quoniam & sub modo legata vel fideicommissa ordinari posse constat, nec propterea desinere possunt esse legata vel fideicommissa. *toto titul. Codic. de his quæ sub modo legata seu fideicommissa relinquuntur. & in l. quibus dieb. §. Termilius. ff. de condit. & demonstr. & alibi.* & sic subduntur legibus & regulis, quæ loquuntur de fideicommisso.

Quod denique hereditas per fideicommissum relicta longe lateque excedat summam in statuto Pisano taxatam & permissam relinqui, nulla prorsus dubitatio est, & pars aduersa fatetur. Sed hoc vult atque contendit, onus ferendi nomen & insignia familiæ de Sancto Cassiano æquipollere rei relictæ, quod certe non est admittendum: vt infra latius demonstrabitur, & in confutatione motiuorum.

Cum igitur statuti Pisani verba huic casui conueniant † videtur etiam conuenire eius dispositio, 6
l. ille aut ille. §. cum in verbis. de leg. 3. l. non aliter. eodem titul. Tiraquell. *late in republ. l. si vnquam. in verbo, libertis. in princ. C. de reuoc. donat.*

Secundo moueor: quoniam in casu isto militat ratio statuti, ergo † militare debet eius dispositio. *l. illud. ad leg. aquil.* cum aliis vulgatiss. quæ copiose adferri possent. 7

Quod autem militet eadem ratio perspicuum erit, si recte perpendamus, quæ fuerit ratio dicti statuti.

Et quidem in terminis statuti Alexandrini, super quo Gallia scripsit commentarium, scio duodecim rationes adduci, per eum *præfatione* 5 & tandem concludi *numer.* 39. rationem Bartoli *in l. 1. numer.* 31. *Codic. de Summa Trinitat.* magis communiter receptam, quod mihi mirabile videtur. Existimo enim rationem Bartoli nec veram esse, nec communiter receptam.

Ratio hæc est † secundum Bartolum, ne coniuges mutuo amore se spolient: Sed nullo modo recipienda est, quia in donatione quidem inter viuos optime procedit, *vt in leg. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.* sed in legato nequaquam procedere potest. 8

Primo, quia † legatum post mortem testatoris præstandum est, *§. primo. Inst. tit. de legat.* & sic testator nullam potest iam mortuus iacturam pati. 9

Secundo, quia legatum est † delibatio, hoc est, diminutio hereditatis *l. g. legatum. est. de leg.* 1. hereditatis autem verbum non refertur, nisi post mortem testatoris. *leg. nihil aliud de verb. signific.* qua ratione inter virum & vxorem valet donatio causa 10

 mortis,

mortis, quia confertur in tempus mortis, *leg. si cum. in fi.e. cum sequent. bus. de donation. inter virum & vxor.* Ergo in legatum non militat illa ratio, ne coniuges mutuo amore se spolient.

Tertio, quoniam in vltima voluntate præsumitur coniugem de bonis suis disponentem cogitare, finem huius mutui amoris morte finiri, ac proinde ratio illa mutui amoris in vltima voluntate non habet locum, ita Guilielmus de Benedictis *in cap. Raynutius. ver. & vxorem nomine Adelasiam. numer. 214 de testament. decision 5.*

11 Quarto, quia si vera esset ratio Bartoli in legato inter coniuges, illud non valeret, quod tamen † valet, ne videlicet, legando mutuo se amore spoliarent, ita argumentatur Dominus Cæphalus *in consilio quadringentesimo decimo quarto. numero septuagesimo quinto. libr. 3.*

12 Postremo hanc rationem Bartoli † reprobarunt Bald. *in dict. leg. prima. numer. decimo octauo. Codic. de Summa Trinitat. & in consil. 119. circa finem. libro tertio.* Natta *consil. 463. numer. 8* Iacobus Niger. *in rubric. de leg. 1. numero vigesimo primo.* Petr. Pechius *de testament. coniug. in. libr. primo. capit. primo circa finem. & libr. quarto. capit 3 colum. vlt.* Dn Cæphalus *consil. 408. num. 95. & 414. num 75. lib. 3.*

Quas rationes & authoritates confutare debuisset D. Gallia, deinde Bartolum sequi

Sed dato quod illa ratio Bartoli bona esset in ea parte, qua statutum Pisanum prohibet maritum vxori legare & è conuerso; non tamen concesso, illa non potest adaptari ad illam partem statuti, de qua in præsenti agitur: quatenus scilicet maritus prohibetur legare agnatis vxoris, vsque ad tertium gradum & è conuerso, vxor prohibetur legare agnatis mariti, vt in statuto Pisano

Non enim maritum se spoliare videntur cum aliis legant, sed tunc nulla alia potest esse ratio, quam illa, ne spolient heredes suos & legitimos successores, vt bene considerauit Alban. *in consilio octuagesimo octauo. numero secundo.* in terminis statuti Pisani, quia dum dixit rationem huius statuti fuisse, ne mutuo
13 amore † se coniuges spolient, id verum est respectu prohibitæ donationis inter viuos, quæ prohibitio est in dicto statuto Pisano, quatenus vero addidit *heredes suos*, istud est verum respectu prohibitionis alterius, scilicet donationis causa mortis & legatorum, quæ prohibitio similiter continetur in eodem statuto Pisano.

Et ideo non potuit illa verba *heredes sue suos*, inconsiderate, vt dicebat Gallia, sed valde prudenter & considerate, quod & fecit Iason *in leg. si is qui. num. 5. de leg.*

Et certe quatenus statutum hoc prohibet aliquid relinqui in vltima voluntate vxori vel eius agnatis, nulla ratio magis idonea & clara adferri & considerari potest, quam ista, ne vir blanditiis vxoris inducatur, ad relinquendum bona sua vxori vel consanguineis vxoris, & priuandum legitimos suos heredes & successores: & hanc rationem adduxerunt Barbat *consilio vigesimo tertio. column. final. libro quarto.* Ripa *in leg. secunda. numero decimo quarto. de leg. primo.* Plotus *consilio quinquagesimo quarto. numero decimo nono.* Crotus *in rubric. de acquirend. possession. numero trigesimo quarto.* Socinus Iunior *in rubric. de leg. 1. numero centesimo decimo quinto.* Crauetta *in indice Consi is pro Genero. vers. causam in specie.* Petrus Pechius *de testament. coniugum. libro quarto. capit. primo numero sexto.* Alciat. *consil. ducentesimo vigesimo sexto. & libro secundo. de verbor. signification. numer. 27.* Dn. Iacob. Menoch. *consil. 11. num. 2.* & licet *numero nono* adferat aliam rationem, ne maritus inducatur ad priuandam propriam sobolem successione ei debita, tamen supradictam rationem non impugnat, & hæc non differt ab illa, sed altera alteram supplet, vt si maritus filios habeat & descendentes non priuet suam propriam sobolem vxoris blanditiis inductus, successione debita, si vero non habeat, ne reliqui heredes legitimi ab intestato venientes priuentur.

Et tandem hanc etiam rationem admittit Gallia *in dict. præfatione 5. numer. 45. 46. & 47.* & post *num. 39.* fatetur rationem Bartoli declarandam & intelligendam esse iuxta rationem rationis Alexand. Alciati, & aliorum cum omnes tendant ad assignandam rationem rationis, quæ est ista, quam dixi ne legitimi successores priuentur.

Cum itaque hæc sit ratio statuti Pisani, ne legitimi heredes & proquinqui mariti venientes ab intestato fraudentur legitima successione: sequitur eam habere locum, etiam in casu isto, quando videlicet consanguineis vxori relinquitur, cum onere ferendi nomen & insignia: Ergo eadem statuti dispositio etiam in præsenti casu, quo relictum fuit cum tali onere locum habere debet. Nam vbi ratio huius statuti locum habet, tunc etiam locum habet eius dispositio, vt in terminis huius statuti dixit Menoch. *d. consil. 11. num. 9* post Alciatum & alios. *& num. 15.*

Quod autem statuti ratio locum habeat in casu nostro manifestum videtur, quia siue agnati vxoris ferant nomen & arma testatoris, siue non, sunt exclusi ab eius successione. Ratio enim statuti in hoc consistit, vt dictum est, ne proquinquiores & legitimi heredes mariti excludantur ab eius hereditate, atqui excluduntur etiam si agnati vxoris ferant nomen & insignia testatoris, vt patet: ergo ratio statuti militat in casu nostro.

Tertio moueor, quia semper illa † interpretatio 14
est facienda, ne statutum reddatur elusorium. *leg. non dubium. Codic. de legib. capit. commissa. de elect. in 6. Gloss. in clement. 1. versicul. sepel re. de sepult:* Ripa *in leg. si constante. numero septuagesimo tertio. ff. de solut. matrim.* vbi quod fit extensio etiam in materia correctoria, ne statutum eludatur in terminis statuti prohibentis maritum vxori donare, ita argumentantur & docent ad aliud propositum Iason *in dict. l. non dubium. numer. 47 Codic. de legib.* & alii quos sequitur Dn. Menoch. *dict. consil. 11. num. 11.* Gallia *in ver. legare. quæst 2. num. 18. & 19.*

Sed hoc statutum facile reddi potest elusorium hoc modo, relinquendo, scilicet agnatis vxoris cum hoc vel alio onere, vt patet ad sensum, igitur hæc interpretatio fieri non debet, vt in statuto prædicto casus noster non contineatur.

Non ignoro huic argumento multis modis responderi in motiuis Domini Consultoris, sed tam tempus non est eas responsiones confutandi. Postquam enim sententiam meam confirmauero, tunc refutabo contraria, iuxta ordinem iam à me constitutum.

Quarto moueor, quia inter omnes constat, tunc demum onerosam, siue ob causam factam donationem, non contineri in legibus & statutis, quæ de donatione loquuntur, quando † onus æquiualet rei 15
donatæ. secus autem si non æquiualeat, & quatenus non æquiualet. Lancell. Gallia. in terminis nostris, vbi alios citat & de communi fidem facientes, *in verbo, viginti. num. 97.*

Sed

Sed in proposito nostro onus ferendi nomen & insignia de Sancto Cassiano, non æquiualet hereditati, de qua agitur, quæ satis est locuples, vt patet ex actis.

Ergo onus istud ferendi nomen & insignia à testatore iniunctum, non efficit, vt huiusmodi hereditas per fideicommissum relicta, non sit comprehensa in statuto ciuitatis Pisarum, de quo agitur.

Quod onus istud non æquiualeat: Nam qui iussus est ferre huiusmodi nomen & insignia non cogitur suum proprium nomen, & propria insignia de-
16 serere, imo ea retinere potest, quia † non priuatiue, sed cumulatiue præceptum istud de ferendis nomine & insignibus factum esse intelligitur: vt per Molinam *de iure primogen. Hispania. libr. 2. capit. 14 numer. 30.*

Quo stante ad sensum patet istud onus non æquiualere: Quis enim reperiatur, qui nobilissimæ familiæ nomen & insignia suis addere vel erubescat, vel graue sibi ducat? Quis non libenter & prompte proposito lucro vel quingentorum aureorum id exequeretur.

Atq; hic diligenter aduertendum est ad vnum, ex quo omnis error profectus est.

Nam quod istud onus æquiualeat rei relictæ, adfertur textus *in leg. hoc iure. §. vltim. ff. de donation.* & quod per illum textum notat Ripa *in leg. fæmina. numer. 44. Codic. de secund. nupt.* Gallia *in ver. viginti. numer. 159.*

17 Sed hic est error † manifestus, bona pace Clarissimi Domini Assessoris, quoniam text. *in dict. §. vltim.* & per consequens notata per Ripam & Galliam authoritate illius loquitur & intelligi debet, quando istud onus ferendi nomen & insignia priuatiue iniunctum est, ita scilicet, vt quis assumere cogatur alterius nomen & insignia, & proprium nomen atq; insignia deserere.

Hoc probatur ex notatis per Guilielmum de Benedictis *in cap. Raynucius. in ver. Raynucius de clera. num. 49 cum sequentib. de testament.* Hæc sunt eius verba: *Cum aliter graue multu foret nomen dimittere agnationis suæ antiquum & honestum, & arma magnifica; & sic nomen honestæ familiæ, quod diu forte durauerat, periret, quod lex noluit, imo dicit interesse reipublic. illud conseruari. leg. 1. §. quamuis. de ventre inspiciend. ob quod dicit text. in leg. hoc iure. §. fin. de donat. quod donatio alicui facta, vt nomen portet donatoris, cum sit causata, non dicitur proprie donatio, sed dicitur quædam remuneratio onerosa in recompensam nominis ferendi facta, quod onus non est modicum, scilicet nomen suscipere alienum, vt clare monstrauit Propinquus Ruth, cui successio competebat cum onere ferendi nominis, qui respondit cedo iure propinquitatis. Neque enim posteritatem familiæ meæ delere debeo.*

Vnde æquum est, & summe expediens, quod antiquum nomen omnino non dimittatur, sed nouum adiungatur, quia modo præmisso, & nomen agnationis conseruabitur, & testatoris voluntati commodo & vtilitati heredis satisfiet. Et si aliter fieret, scilicet, quod quis absolute necesse haberet nomine suo penitus derelicto, nomen testatoris assumere multi essent heredes, qui mallent hereditatem perdere, quam nomen domus suæ mutare, &c.

Idem docet eisdem verbis Chassaneus *in catalogo Gloriæ mundi. lib. 1. consideratione. 46.*

Quæ quidem verba non idcirco apposui, quod dubitarem, ne authores allegati inspicerentur à clarissimo & excellentissimo Dn. iudice Appellationis: sed vt ex illis duo colligerem notabilia ad propositum nostrum.

Primum est, quod præfati Doctores reputarunt esse magnum onus istud ferendi nomen & insignia, quando priuatio inde sequitur nominis proprii, secus si talis priuatio non sequatur.

Cum igitur in casu nostro non sequatur ista priuatio proprii nominis, sequitur nō esse magnum onus, sed potius leue & leuissimum, nullaque ex parte comparandum, cum hac, de qua agitur, opulenta hereditate.

Alterum est, quod isti Doctores ita intellexerunt text. *in dict. leg. hoc iure. §. fin. de donation.* vt procedat, quando aliquid donatur sub conditione ferendi alienum nomen & insignia, ita vt proprii nominis priuatio & mutatio inde sequatur. Postquam enim dixerunt graue esse istud onus ferendi alterius nomen & insignia, quia sic perit nomen propriæ familiæ, statim pro huius rei confirmatione adducunt, quod habetur *in dict. leg. hoc iure. §. vltim.* ex quo apparet illum textum in istis terminis accipiendum fore.

Alioqui vel text. ille contineret absurdum, vel Doctores præallegati male loquerentur, quorum neutrum dici debet.

His ita firmatis sequitur, vt ad argumenta in contrarium congrua responsio accommodetur: Respondebo itaque ad omnia, quæ tam in motiuis Clarissimi Domini Assessoris continentur, quam etiam in allegationibus Clarissimorum Dominorum Aduocatorum partis aduersæ, aut saltem ad præcipua.

Et quod attinet ad motiua Clarissimi Domini Assessoris illa consistunt in hoc vno argumento.

Statutum Pisanum & alia similia non comprehendunt donata vel relicta remuneratoria onerosa, vel ob causam, quatenus remuneratio onus vel causa æquipollet relicto.

Sed in casu nostro relictum est huiusmodi.

Ergo non subiacet dispositioni prædicti statuti.

Nego maiorem & minorem propositionem: maiorem, quia verba statuti sunt generalia, & comprehendunt omne legatum, & quia ratio statuti militat, etiam in tali legato: Et quia alias redderetur elusoria statuti Pisani dispositio, si valeret relictum, cum tali onere per ea quæ superius allata fuere.

Minorem nego, quia istud onus ferendi nomen & insignia non potest dici graue & æquipollens relicto, cum non contineat priuationem nominis proprii, vt supra demonstraui.

Sed videamus quo pacto vtraque propositio probetur.

Quod attinet ad maiorem: sic illam probare conatur, statutum loquens de donatione, & illam prohibens, non habet locum † in donatione remune- 18
ratoria, vel ob causam, & quæ non proueniat ex liberalitate, Bartol. *in l. diuortio. num. 4. & ibi* Iason *num. 9. de verb. obligat.* Gallia *in ver. viginti. numer. 82. cum aliis.*

Sed hoc relictum fit ex causa remunerationis propter onus ferendi nomen & insignia, ergo non ex liberalitate, & sic statutum in eo locum habere non videtur.

Respondeo statutum Pisanum, non tantum donationem prohibere, sed etiam legatum, vt patet ex

verbis eius. Legatum vero dicitur, ſiue purum, ſiue conditionale, & tam in eo quod purum eſt, quam quod eſt conditionale, locum habet ratio ſtatuti.

Et dum replicatur eandem eſſe rationem in legato, quæ eſt in donatione, cum legatum nihil aliud ſit, quam donatio, aduertendum puto, quoniam hoc intereſt inter donationem & legatum, quod donatio proprie illa dicitur, quæ ex mera liberalitate proficiſcitur, quod ſi ob cauſam fiat, non eſt donatio proprie, *l. 1. ff. de donat.*

At in legato non ſic eſt conſtitutum: Alia enim ſunt legata pura, alia ſub conditione, alia ſub modo relicta, quæ omnia proprie legata eſſe dicuntur, *vt toto titul. de condition. & demonſtrat. & de legatis & fideicommiſſis, quæ ſub modo, &c.*

Non obſtat quod replicatur, leges quæ prohi-
19 bent ſpurium inſtitui, locum † non habere, quando pater eum inſtituit ob merita præcedentia, Baldus *conſilio ſexageſimo ſeptimo. libro primo & leg. hac edictali. Codic. de ſecund. nupt.* locum non habere, quando non ex liberalitate, ſed pro benemerito vxori, quæ ad ſecunda vota tranſiuit, relinquitur. Gallia. *in ver. viginti. num. 87.*

Quoniam reſpondetur ſpurium prohibitum eſſe inſtitui, odio ſuæ perſonæ, & perſonæ patris qui peccauit: Similiterque coniuges capere non poſſe ex liberalitate coniugis, vltra ſummam taxatam, *in leg. hac edictali* propter odium perſonæ ſuæ; quia videlicet, ob tranſitum ad ſecundas nuptias, & Deum offendere videntur, & liberorum charitatem negligere, & animam coniugis contriſtare, vt habetur *in Auth. de ſecund. nupt.*

Ideo ſi iſtæ perſonæ bene merita, talia vere contulerint in parentem & coniugem reſpectiue, propter quæ meruerint inſtitui, tanquam ſi eſſent perſonæ extraneæ vigore benemeritorum præcedentium, merito valebit inſtitutio & relictum, quia ceſſat prorſus ratio odii, quod tales perſonas lex proſequitur.

Sed in propoſito ſtatuti noſtri iſta non procedunt:

Nam ſtatutum non ideo prohibet donari, vel relinqui cognatis vxoris, quia eas perſonas odio aliquo proſequatur, tanquam indignas propter aliquod commiſſum ab eis. Sed hoc facit, ne alii legitimi ſucceſſores priuentur debita ſucceſſione, dum coniunx blanditiis, vel aliis malis artib. alterius coniugis inductus, aufert debitam hereditatem ſuis legitimis ſucceſſoribus, & eam relinquit iſtis remotioribus, quæ vera eſt ratio ſtatuti Piſani, *vt ſupra deduxi.*

Ergo ſiue ob cauſam relinquatur, ſiue pure iſtis cognatis, ſemper militat ratio ſtatuti, ne ſcilicet excludantur legitimi ſucceſſores, per conſequens militare debet eius diſpoſitio.

Secundo, hæc maior propoſitio ſic probatur ab ipſo Clariſſimo Domino Aſſeſſore, quia videlicet, ſtatutum Piſanum loquitur de donationibus ſimplicibus, conſequenter non habet locum in donatione ob cauſam.

Quod autem loquatur de ſimplicibus donationibus, conſiderat illa verba ſtatuti: *Nec ſimplices donationes confirmentur.*

Reſpondeo, non bene fuiſſe conſiderata dicta verba ſtatuti ciuitatis Piſarum: Nam dicit ſic: *Vt nec etiam ſimplices donationes inter eos morte confirmentur.*

Illa dictio *etiam* eſt ampliatiua, & conſequenter ſignificat diſpoſitionem ſtatuti Piſani locum habere, nedum in donationibus ob cauſam, verum etiam in donationibus ſimplicibus. Et quod illa
dictio † ſit ampliatiua non eſt dubitandum, *leg. ea tamen adiectio. de legat. tertio. leg. etiam. leg. vltim. Codic. ſi tutor vel curator.* Ruinus *conſilio octuageſimo nono. numer. 6. lib. 1.* 20

Sed hæc reſponſio non eſt neceſſaria, quia ſtatutum Piſanum non ſolum donare prohibet, ſed etiam relinquere ſeu legare: Dicitur autem legare is, qui legat ſub conditione, modo, vel cum onere. Eſt enim hoc vere & proprie legatum, & in eo locum habent leges omnes, quæ de legatis loquuntur, *vt ſupra dixi.*

Tertio conatur probare iſtam maiorem propoſitionem, *ex leg. hoc iure §. vltim. ff. de donat.* vbi dicitur, ſi centum ſpopondero, hac conditione, ſi iuraſſes te nomen meum eſſe laturum, non eſſe donationem, ſed datum ob cauſam.

Reſpondeo, donationem ideo non eſſe, quia illa procedit ex mera liberalitate, *leg. prima. ff. de donation.* ſed negari non poteſt, quin legatum dici poſſet, ſi relinqueretur alicui, ſub iſta conditione ferendi nomen & inſignia.

Eſſet enim legatum, & pro eo conſequendo competerent, proculdubio iuris remedia, quæ pro legatis conſequendis inducta ſunt, & leges, quæ de iis loquuntur, locum haberent, etiam in huiuſmodi relictis ſub tali conditione, vt probatur *in leg. facta §. ſi vero nom. n. ii. ff. ad Trebell.*

Quod vero attinet ad minorem propoſitionem, videlicet iſtud onus ferendi nomen & inſignia æquiparare hereditati relictę probare conatur Clariſſ. Dominus Aſſeſſor in ſuis motiuis triplici medio: Ratione, lege & authoritate: Ego ſingulis ita reſpondeo.

Rationem hanc adfert, quia hic eſt modus conſeruandi familias, vt per Theſaurum *deciſione vltim.*

Conſeruatio autem familiæ digna exiſtimari debet qualibet hereditate, quemadmodum videmus, quod fœminæ excluduntur ab hereditate propter maſculos, quibus familiæ conſeruantur, vt per Brunum *tractat. quod ſtante maſcul. articul. 3.* & quod filii adoptiui digni habentur heredi ate adoptantis. *leg. cum adoptiui. C. de adopt.*

Reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia, & ideo non recte inferri ex eis ad rem noſtram. *leg. Papinianus. ff. de minoribus.*

Diſſimilitudo autem in tribus potiſſimum conſiſtit, reſpectu ſtatuti ciuitatis Piſarum excluſiui fœminarum.

Primo, quia licet fœminæ excludantur, vocantur tamen maſculi ad ſucceſſionem, quibus æque debetur ſicut fœminis, imo ſecundum leges veteres etiam magis, *l. maximum vitium. Codi. de liber. præterit.* At in caſu noſtro excluduntur agnati proximiores, quibus ſucceſſio debetur, & illi admittuntur, quibus nullo modo ſucceſſio debetur, & ſic termini ſunt valde diſpares.

Secundo, quia ſi fœminæ excluduntur, dotari tamen debent, quę dos ęquiualet legitimę, & aliquando maior eſt legitima, vt not. *in auth. res quæ. C. commun. de legat.* ſed in caſu noſtro proximiores agnati excluduntur, & nihil eis datur.

Tertio

Tertio in exemplo proposito adest expressa statuti dispositio, quæ fœminas excludit ꝑpter masculos: at in casu nostro non adest statuti dispositio quæ concedat hoc in casu particulari pro ista conseruatione familiæ facultatem legandi cum isto onere ferendi nomen & insignia, sed habemus generalem prohibitionem donandi vel relinquendi cognatos vxoris vsque in tertium gradum.

Itaque non licet argumentari ex ratione particulari vnius statuti expressi, ad restrictionem alterius statuti longe diuersi quia statuta sunt stricti iuris, nec licet ea extendere aut ex eis argumentari ad alia statuta diuersa.

Respectu vero filiorum adoptiuorum dissimilitudo est clarissima quia lex quidem dat potestatem adoptādi, sed si agatur de præiudicio alterius, requirit eius consensum. *l. cum nepos. l. non ita dum. de adopt.* sic & cum restituitur quis natalibus, requiritur consensus eorum qui possunt lædi. *l. 2. 3. 4 ff. de natalib. rest tuen.* quod si nemo lædatur merito lex fictione sua & artificio producit filium qui succedit patri suo adoptiuo.

At hic non adest consensus illorum qui potuerūt lędi. hoc est, legitimorū heredum ac successorum testatoris, imo vero cōtra dicunt, vt patet, igitur exemplum filii adoptiui nihil obstare videtur.

Lege autem probare conatur suā propositionem D. Assessor scilicet *per text. in l. hoc iure §. vlt. de dona.*

Sed iam supra responsum est quoniam ille tex. intelligendus est de onere ferendi nomen & insignia cum priuatione proprii nominis, tale enim est adeo graue onus, vt excludat liberalitatem, & ita illum textum intellexerunt Guielm. de Benedi. & Chassan. *in locis supra all. gatis.* & ratio id suadet, nec est qui contradicat. igitur ille text. nihil obstat: authoritate vero id probare nititur adducens Ripam *in l. fœminæ. C de secun. nup. num. 54.* Gallum *in vers. viginti. n. 159.* & Molinam *de Hispan primog. lib. 2. c. 8. n. 17.*

Quod attinet ad Ripam, ille mouetur sola text. authoritate *in d. l. hoc iure § vlt de dona.* ideo secundum illum intelligendus est *ad ita l.* per Bart. *in l. non solum. §. liberationis de lib. leg.*

At ille text. intelligitur quando onus ferendi nomen & insignia priuatiue iniunctum est, vt iam dixi, ergo Ripæ authoritas non refragatur.

Quod attinet ad Gallum certe nullum potest in eo fieri fundamentum cum nec articulum disputet & se referat ad Ripam satis dubie & ieiune, vt videri potest.

Quod denique attinet ad Molinam aduertendum est quod quatenus dicit istud onus æquiualere maioratui, loquitur secundum aliquorum opinionem, & dum id probat adducit authoritatem Ruth

11 c. 4. quæ † authoritas loquitur quando quis posteritatem familiæ suæ delere debebat, vt sunt verba expressa illius text. ex quo apparet sententiam Molinæ hanc non esse, vt onus ferendi nomen & insignia alienæ familiæ æquiualeat absolute maioratui, sed qū deseritur propria familia. Dictum enim Dd. eatenus ꝓbat, quatenus probant iura per eum allegata ac per Bart. *in l. non solū § liberationum de lib. leg.* sed locus Ruth allegatus probat istud in casu quo propria familia deseritur, ergo & dictum Doctoris illius non plus probare potest: quare frustra ponderatur dictio *prefertim*, qua Molina est vsus, quoniam illius authoritas & intentio declaratur ex dicto text. & quatenus absolute vellet onus istud æquiualere maioratui, etiamsi propria familia non desereretur; respōderi posset illum loqui contra veritatem, & contra sensum; item repugnare authoritatem Benedicti & Chassanei superius allegatorum, vel saluari posse, quando nomen assumendum esset ignobile, adeo, vt quis magis amittere vellet maioratum quam suam nobilitatem assumptione talis nominis dehonestare: qꝺ in casu nostro minime locum sibi potest vindicare, cum ex processu constet & notorium sit familiā de sancto Chassiano, cuius nomen & insignia ferenda sunt, nobiliss. & antiquissimam esse.

Non obstat quod dicitur *ex cap. 4. Ruth iuncto cap. 25. Deuteronomii.* probari quod dicatur quis delere proprium nomen assumendo alienū, vt in motiuis:

Quoniam habemus duas expositiones *d c. 4. Ruth.* quas magis sequi debemus quam aliorum. Prima est Glos. ibi quod ducendo vxorem illam diceretur delere suam posteritatem propter onus educandi prolem nasciturum ex noua coniuge. Non enim poterat hoc facere & deserere suā, qua expositione stante manifeste patet textum illum nihil obstare. Altera est expositio Tostati *in d. cap. 4. Ruth. quæst. 64.* idcirco hanc deletionem sequi quia filii qui nascerentur ex noua vxore non computarētur de stirpe patris sui sed de stirpe patris mortui & ita essent filii illi tanquam deleti & nunquam geniti, & sic intelligit ibi Tostatus *cap 25. Deuteronomii.* quod citatur in motiuis.

Sed in casu nostro non sic assumitur nomen alterius & insignia vt deseratur proprium nomē & propria insignia, imo retinentur, ibi vero non retinebantur, igitur nihil obstare potest.

Non obstat quod dicitur ex tali commixtione aliquam proprii nominis priuationem sequi, nec non periculum illud amittendi, imo & pręiudicium, quia si fideicommissum relictum sit illis de Fontaniis non veniunt Fontanii de Caballis, vt per Socin. *inter consi'. Curt. sen. consil. 40.* & alios de quibus per Menoch. *cons. 30. n. 13. 14 lib 1.*

Nam respondetur illā commixtionem nominis alieni inducere non posse priuationem proprii nominis, vt supra dixi ex Benedicto, Chassaneo, & Molina. Doctores enim isti dicunt onus simpliciter iniunctum ferendi nominis alieni non inducere proprii nominis priuationem: quare periculum nominis proprii amittendi nullum esse videtur.

Quod vero dicitur de præiudicio propter fideicommissum nihil obstat quia hic nullum tale fideicommissum proponitur, & non est bona cōsequentia. si adesset tale fideicommissum inferri potest pręiudicium: ergo istud præiudicium considerari debet & attendi etiam si non subsit tale fideicommissum, imo vero totum contrarium videtur concludēdum; si non adsit tale fideicōmissum non posse allegari tale præiudicium quia cessante causa cessat effectus secundum regulam vulgarem.

Non omitto quod in motiuis D. Assessoris male respōdetur ad rationem illam quod si statutum non comprehenderet hunc casum, eius dispositio facile posset eludi, instituēdo scilicet cognatos vxoris cum onere ferendi nomen & insignia testatoris.

Respondetur in motiuis istud raro accidere posse; & non esse comprehensum in statuto, & dato quod accideret non esse iustum, vt destituantur arte & natura familiæ quo minus conseruari possint.

Istæ responsiones non sunt bonæ, quia quod dicitur raro accidere huiusmodi casum, quo quis onus imponit ferendi nomen & insignia, aliter se habere patet ex tot Iurisconsultorum responsis *in l. hoc iure: §. vlt. de dona. ex l. facta, §. si vero. ad Treb.* ex tot consiliis

Doctorum qui de hac materia loquuntur. Certe si ratio contingeret, non esset tam sæpe legibus comprehensus, quia leges non adaptantur ad ea quæ raro accidunt. *l. non ad ea. de legib.*

Quod autem dicitur non esse comprehensum sub statuto nostro, certe non probatur, quia statutum est generale & verba eius & ratio hunc etiã casum comprehendit, vt superius late differui.

Quod denique dicitur destitutum iri familias & arte & natura si non liceat testatori tale onus imponere ferendi nomẽ & insignia, nihil est, quia nos non interdicimus ex Pisano statuto vel alio ex iure facultatem hoc faciendi, sed dicimus non licere instituere vel substituere cognatos vxoris cum tali onere. Alios igitur testator instituat extraneos cũ onere isto, & valebit, cessabitque statuti prohibitio.

Ex his puto sublata esse omnia motiua clariss. D. Assessoris, sed quoniam aliud quoque obiectũ fuit argumentum ex allegationibus clariss. Dominorum Aduocatorum, huic etiam satisfacere conabor.

Igitur obiectum fuit statutum Pisanum prohibẽs donare vel relinquere agnatis vxori loqui, quando id quod donatum est vel relictum reuerti debet ad vxorem.

Id probari videtur ex principio statuti, dum prohibet relinqui vxori, *nec alii*, per quem ad vxorem reuerti debet: & consequenter dum postea prohibuit relinqui agnatis vxoris, considerauit in illis qualitatem istam reuersionis. Præsertim considerando rubricam statuti quæ sic inscribitur. *De his quæ in vxorem dantur.* vnde licet in nigro postea dicatur de aliis personis, intelligendum est quod illis detur propter vxorem.

Et quod in agnatis potest considerari suspicio de fide accommodata de restituendo vxori.

Denique perpensa quoque illa dictione *nec alii*, quæ est implicatiua similium, vt per Gl. *in l. si fugitiui. C. de seruis fugi.* & considerando quod omnes illæ personæ sub eadem oratione continentur & ab eodem verbo reguntur. Hæc autem qualitas reuersionis cessat in casu nostro, ergo & statutum cessare debet.

Respondeo sigillatim hoc modo. Quod attinet ad principium statuti, aduertendum puto quod statutum postquam generaliter prohibuit relinqui vxori vel aliis per quem ad vxorem reuerti debeat, & postquam etiam multa alia disposuit & interseruit circa qualitatem relictorum & numerum liberorum, & alia, subiicit hæc verba.

Et hoc amplius, vt nec alicui ex parentibus ascendentibus vel liberis, &c. agnatis vel cognatis, &c. donare vel relinquere possit similiter maritus non possit donare, &c.

22 Illa verba, *& hoc* † *amplius*, sunt ampliatiua dispositionis. *l. si fic. de leg. 3. l. si tibi pure. eod. l. qui ita. de dote præleg* Alberic. *in dict. vers. amplius.*

Ergo illa expressio agnatorum & cognatorũ non est comprehensa in principio statuti sub illis verbis, si enim esset comprehensa, verba illa, *hoc amplius*, non ampliarent dispositionem statuti & omnino superflua fuissent & inepte posita.

Sensus autem illorum verborum *nec alii per quem ad vxorem reuerti possit*, est, non posse vxori relinquere maritum nec per se, nec per interpositam personam, sicut dicitur de donatione inter virum & vxorem. *l. 3. §. non tantum. de dona. inter vir. & vxor.*

Quod attinet ad rubric. statuti, respondetur in casu nostro, nigrum generalius esse rubro. Postquam enim prohibuit statutum ne vir vxori donaret vel relinqueret per se vel per alios, per quos ad vxorẽ reuerti debeat, aut reuerti sit verisimile, postea aliã diuersam ordinationẽ facit ampliando ipsam prohibitionem ad agnatos & cognatos, vt habetur infra in eodem statuto, *versic. hoc amplius.* ergo non valet argumentum à rubro, quia † nigrum est generalius, vt 23 notat Glos. *in auth de incestis nup.* Alex. & alii *in l. 1. ff. si cert. pet.* Euerhard. *in loco à rubr.*

Et dum dicitur agnatos & cognatos contineri in eadem oratione quæ ab eodem verbo regitur, respondeo, quod licet omnes personæ sint positę in eadem oratione, tamen duæ in effectu intelliguntur esse clausulæ & orationes, vna respectu agnatorum, altera respectu aliorum qui non sunt agnati.

Hæc enim verba *nec alii* constituunt quandam separatam & diuersam dispositionem à præcedenti, sicut in simili considerat Alciat. *resp. 96. n. 26.*

Præsertim quia dictio *nec* inducit † separationem, 24 vt per Menoch. *consil. 542. num. 1.* Ergo qualitas in vna clausula posita † nõ censetur repetita in alia diuersa. 25 Bart. *in l. in repetendis. de leg. 3. in l. Seia. §. Caio. in l. opposit. de fund. instr.* Menoch. alios citans *cons. 177. num. 13. lib. 2. & cons. 326. n. 35 lib. 4.*

Præsertim cum † adsit personarum diuersitas: alia 26 enim est persona agnatorum, alia extraneorum siue aliorũ, tunc enim qualitas vnius personæ non refertur ad aliam Iason. *in l. Titia. §. idem respondit. il 1. num. 5. de verb. oblig.* Menoch. *cons. 177. num 12. lib. 2. & cons. 326. num 51. lib. 4.* D. Decian *cons. 17. n. 38. lib. 2.*

His accedit † quod cum versemur in dispositione 27 statuti non debet induci repetitio præcedentis qualitatis, cum inducatur tantum in materia fauorabili, & late interpretanda. Socin. iun. *consil. 142. num. 19. & 30. lib. 3.* Alciatus *respons. 96. num. 21.* Menoch. *consil. 76. num. 19.*

Quod vero dicitur in agnatis considerari posse suspicionem de restituendo vxori, id negatur. Talis enim suspicio militat in illis personis, quæ sunt in potestate donantis *vt in l. 3. §. videamus. de dona. inter vir. & vxor.* quibus prohibetur fieri donatio, secus autem agnatis & cognatis, nullibi enim reperitur de iure prohibita, quamobrem Doct. nostri dicunt statutum hoc esse contra ius commune. Menoch. *cons. 11. num. 1.* quod dici non posset, si militaret huiusmodi suspicio in agnatis.

Denique nihil sane obstat dictio, *alii*, quæ est inclusiua similium, nam multis modis respondetur.

Primo, dum Doctores dicunt, dictionem *alii* includere casus similes † non aliud velle quam quod 28 dictio ista includat casus similes præcedentibus, exemplum in Gl *l. si fugitiui. C. de seruis fugit.* lex dicit aliquem afficiendum nõ esse pœna metalli vel alia, intelligi debet de simili, vt per Felin. *in c. sedes. num. 6 de rescrip.*

Hoc autem ad rem nostram non recte applicatur, quia qualitas posita sub dictione *alii*, influeret in præcedentia: Contrarium autem debet esse, quia qualitas posita in verbis præcedentibus referri debet & influere in dictionem alii.

Secundo respondeo dictionẽ alii non implicare similia quando materia subiecta id non patitur, vt declarant Glos. Abb. & Felin. *in d. c. sedes. num. 6 de rescrip.* vbi etiam Deci. *in fin.* qui ad hoc allegat text. *in c. 1. in auth. vt defuncti seu funera eorum, &c.* ibi, *milites congregare & alios seruos.* & tamen serui non possunt esse milites, & ideo Glos. dicit *in verbo, seruos.* dictionem alii non semper includere similia allegans locum Euangelii, *crucifixus est Iesus & alii duo nequam.* idem etiam docuit Alber. *in dictionario iuris, in verbo, alii.*

Sed

Sed in terminis statuti nostri materia subiecta non patitur, vt dictio alii includat similia: ergo non includit.

Quod materia subiecta non patiatur, probo, quia qualitas posita in clausula aliqua seu oratione per dictionem, *nec*, qualificat contenta sub illa dictione, *nec*, non autem ea quæ continentur in verbis præcedentibus. Parisius *cons. 36. num. 20. & 21. lib. 1.* refert & sequitur Menoch. *cons. 542. num. 6. lib. 6. & ibid. num. 1.* scribit dictionem, *nec*, ponere casum diuersum & separatum & stare inceptiue & implicatiue.

Cum igitur agnati positi sint in verbis præcedentibus, non potest ad eos referri qualitas posita sub dictione, *nec*.

49 Tertio respondeo, quando diuersa † adest ratio qualitatem positam in vna clausula non censeri repetitam in alia Bart. *cons. 54. lib. 1. nu 4.* Parisius *cons. 36. nu. 25 lib. 1.* cum aliis à Menoch. citatis *d. cons. 542. n. 6. lib 6* Alba *cons. 88. n. 7.* D. Decianus *cons. 17. nu. 35. lib. 1.* qui alios citat.

Sed in terminis nostris diuersa est ratio inter agnatos vxoris & alios extraneos, ergo qualitas posita in extraneis non debet ad agnatos referri.

Quod sit diuersa ratio patet, ideo enim statutum disposuit maritum relinquere nō posse agnatis vxoris, quia timuit, ne maritus induceretur blanditiis vxoris ad donandū & relinquendum suis agnatis & priuandum legitimos successores, & hoc ex affectione maiori quam vxor habet erga suos agnatos quam erga agnatos mariti. At in extraneis considerari non potest talis affectio quare prohibuit statutum ne donaret maritus aliis, hoc est, extraneis quando per eos reuerti ad vxorem posset res donata vel relicta, seu reuerti esset verisimile.

50 Addo ex abundanti quod cessante † ratione legis in vno casu particulari non tamen cessat eius dispositio *l. 1. ff. de mino.* Aretin. *in l. 2. colum. 5. ver. tu autem aduerte de vulg* Tiraquell. *tract. cessan caus lim. 32.* Couuar. *in c. cum esses nu. 9 de testam.* & in Epitome 4 *lib. decretal. part 2. c. 6. §. 9 n. 8.*

Ergo licet in hoc particulari casu cessaret ratio statuti, non tamen cessare deberet eius dispositio, non enim legem habemus istum casum excipientem sicut *in l. a tigere. §. quam. iu. de iure patrona.* exceptum videmus authoritate legis casum in quo ratio legis cessabat: qui proculdubio alioqui comprehensus fuisset *iuxta l. prospexit ff. qui & à quib.*

Postremo quatenus res esset dubia præceptum habemus Iuriſconsulti *in l. 1. § si is qui nauem. ff. de exercito-*
51 *ria.* dicentis quod in re dubia † melius est edicti verbis inseruire, ergo in dubio inhærendum est verbis statuti quod est in fauorem Dom. Iacobi Compagni possessoris, & rei conuenti, cuius causa est fauorabilior quam actoris *l fauorabiliores. de reg. iuris.*

Andreas Fachineus Pisis,
nomine Collegii.

Pro nobili matrona.

ARGVMENTVM CONSILII LIII.

De sponsalibus contractus ex quibus causis dissolui nequeant, & quod sit obligatus matrimoniū contrahere cum muliere is qui contraxit sponsalia præsertim iurata.

SVMMARIA.

1 *Non est cogenda sed monenda mulier quæ promisit contrahere matrimonium cum aliquo, vt contrahat.*
2 *Matrimonia debent esse libera.*
3 *Sponsalia dissoluuntur iusta causa interueniente.*
4 *Concilii Tridentini forma circa matrimonium.*
5 *Mater filiæ stipulari non potest.*
6 *Sponsalia contrahens per verba de futuro cogi potest ad contrahendum matrimonium.*
7 *Sponsalia quibus ex causis possint dissolui.*
8 *Et quæ sit iusta causa.*
9 *Promittens aliquam vxorem ducere quæ tunc erat diues tenetur eam ducere licet pauper sit effecta.*
10 *Exempla non restringunt, sed declarant regulam.*
11 *Exheredandi filium iusta causa non est quod vxorē duxerit sine consensu patris.*
12 *Filius in legitima à parente institutus conqueri non potest.*
13 *Conditio si non nubat certæ personæ valet vbi libertatem matrimonii non impedit.*
14 *Promittens aliquam vxorem ducere tenetur eam ducere, nec potest aliam ducere.*
15 *Conditio impediens libertatem matrimonii vitiatur & non vitiat.*
16 *Text. in c. requisiuit. de sponsalib. conciliatur cum c. ex literis Syluani. eod. tit.*
17 *Quomodo ecclesia cogat contrahere matrimonium eum qui promisit.*
18 *Concilium Tridentinum de reformatione matrimonii sponsalia non tollit.*
19 *Iuramentum supplet partis præsentiam.*

Facti species.

Titius promisit se ducturum in vxorem quādam mulierem certis pactis & conditionibus, de quibus extat scriptura, in qua etiam iuramentum continetur in amplissima forma.

Nunc recusat eam accipere: quia mater ipsius Titii non est contenta, & vult eum exheredare si eam duxerit, aut certe in sola legitima instituere.

Quæritur an dictus Titius censuris ecclesiasticis cogi possit ad matrimonium contrahēdum cum dicta muliere.

Christi nomine inuocato.

Videbatur prima facie respondendum, cogi non posse dictum Titium censuris ecclesiasticis, ad contrahendum matrimonium cum dicta muliere: ex eo quod responsum est *in c. requisiuit. de sponsalib.* vbi S. Pontifex loquens de muliere quæ iurisiurandi religione neglecta nubere recusabat, ait, monendam esse † potius quam cogendam, cum coactiones diffi- 1
ciles soleant exitus frequenter habere.

Secundo, quia matrimonia debent † esse libera. 2
Hoc autem matrimonium fieret metu censurarum, cui repugnant iura *c. de muliere. c. veniens de sponsalib.*

Tertio, quia Titius videtur habere iustam causam recedendi à sponsalibus, propter metum exheredationis à matre illatum, vt in themate.

Sponsalia enim etiam † iurata dissoluuntur iusta 3
causa subsistente vel superueniente. *c præterea. il 1. c. ex literis Syluani. & d. c. requisiuit de sponsalib.* & id notant ibi Butr. Cardin. Abb. & alii Couuar. *de sponsalib. in 1. part. c. 5.* Pierius *in summa. in ver. sponsalia q. 10.* Nauarr. *cons. 34. tit. de sponsalib.* Menoch. *cons. 786. n. 10 lib. 8.*

Quarto, videbatur obstare † concilium Tridenti- 4
num, *c. 1. de refor. matri. ex noua forma tradita.* ibi, *quæ non fuit hic seruata.*

Quinto quia sponsalia ista contracta fuerunt à
5 matre puellæ ex absente. Mater † autem stipulare filiæ non potest. Iason *in l. stipulatio ista. §. alteri. in 1. not. de verb. obl.*

Sed istis non obstantibus re maturius perspecta & considerata existimo d. Titium posse compelli censuris ecclesiasticis ad contrahendum matrimonium cum præfata muliere.

Et moueor primo, *ex c. ex literis Syluani de sponsal. & ibi Io. And.* Abb. & alii notant, & post eos Couua. *de sponsalib. in 1 part. cap. 4 in prin.* decisum est ibi contra-
6 hentem sponsalia per verba † de futuro cogi posse censuris ecclesiasticis ad contrahendum matrimonium, & eandem sententiam secuta est Rota Romana *decisionib. nouissimis. part. 1. de* ... *497.* & nouissime apud Treuisanum *decis. Palatii Apostolici Venetiis. lib. 1. decis. 9.*

7 Secundo moueor, quia sponsalia † dissolui possunt multas ob causas, quas enumerat Hostiensis *in summa eiusdem tit.* Pierius *in summa. vers. sponsalia q. 10.* Couuar. *de sponsalib. part. 1 c. 5.* Menoch. *de arbitrar. casu 455.* Nauarr. *in manuali. c. 22. tit. de sacramento matrimonii. num. 24 & 25 & seq.*

Inter istas vero causas hæc, de qua agitur, non numeratur à Doctoribus.

8 Nec puto esse iustam causam. Nam illa est † iusta causa quæ si ab initio adfuisset impediuisset matrimonium, vt dicebat Pierius *loco supra citato. in fine. quæst 10.*

Non obstat si dicatur, si talis causa ab initio adfuisset, Titius verisimiliter non contraxisset sponsalia & matrimonium cum tali muliere, ne scilicet à matre priuaretur hereditate.

Nam respondeo causam esse oportere impeditiuam matrimonii, non autem talem, vt verisimiliter matrimonium non contraheretur. Nam qui pro-
9 misit se ducturum † vxorem diuitem, tenetur eam ducere, licet facta sit pauper, & tamen non est verisimile, quod illam duxisset ab initio, si pauper fuisset. Couuar. *de sponsalib. part. 1. c. 5. num. 4* Menoch. *consil. 386. lib. 4.*

Et hæc sententia confirmari potest considerando exempla à Doctoribus allata, ob quas causas sponsalia dissolui possint. Omnes enim tales sunt quæ à principio si adfuissent, impediuissent matrimoniũ, vt patet ex Doctoribus allegatis.

10 Licet enim exempla non restringant † regulam, declarant tamen, in quibus terminis regula loquatur. Gl. ... *l. nunquam plura ff. de priuatis delic.* Menoch. *cons. 2. num. 206. lib. 1.*

11 Huc accedit quod hæc non est iusta † causa exheredandi filium, quod duxerit vxorem sine consensu patris iuxta communem sententiam, vt per Abb. *in c. 1 de despon. impub.* Felin *n 59.* & Dec. *n. 39. in c. ecclesia sanctæ Mariæ. de constit.* Couuar. *de sponsalib. part. 2. cap. 3. §. 8. num. 5.*

Non obstat si dicatur licet hæc non sit iusta causa exheredandi filium, tamen institueretur solum in legitima, & reliquis bonis priuari poterit.

12 Nam respondeo filium † conqueri non posse si legitimam habeat honorabili titulo institutionis, vt *in auth. vt cum de app. cog. §. aliud quoque capitulum.*

Et amplius dico si mater talem cõditionem adiiceret testamento suo, quod filius non habeat hereditatem, sed tantum legitimam, si duxerit vxorem præfatam mulierem, non valeret talis conditio, & ideo non vitiaret, sed vitiaretur.

13 Licet enim conditio, si non † nupserit certæ personæ, valeat quãdo matrimonii libertatem non impedit, quia potest alii nubere. *l. cum ita. l. bo. modo. de cond. & demonstr.* Mantica *de coniect. lib. 11. tit. 19. n. 9.*

Tamen in casu nostro † impedit libertatem matrimonii, quia Titius honeste nubere alii non potest, sed tenetur eam ducere quam promisit. S. Thom. *in 4. distinct. 27. q.* Pieri. *vers. sponsalia. q. 4.* Couuar. *de sponsalib. part. 1. c. 4. n. 2.* Treuisan. *d. decis. 9. n. 4. lib. 1.* 14

Consequenter hæc conditio tanquam impeditiua libertatis † matrimonii vitiaretur & nihilominus deberetur relictum. *l. cum tale. §. rescriptum. de cond. & demonstr. l. cum ita. & l seq. eod. tit.* 15

Quibus sic stantibus non obstant cõtraria. Namque ad primum respõdeo, text. *in d. c. requisiuit.* locum habere, quando sponsus ita sponsam abhorret, & odio † habet vel è contrario, vt ex talibus nuptiis oriri scandalum possit. ita illum text. declarant, atq; conciliant cum *c. ex literis Syluani.* Abb. *in d. c. requisiuit. n. 4.* & ibi Butr. & Ancharan. Syluester Pierius *in summa. in vers. sponsalia num. 4.* Menoch. *d. consil. 786. n. 9. lib. 8.* Tale autem odium in præsenti casu non proponitur, nec in facto adest. 16

Ad secundum respondeo ecclesiam † non cogere nolentem, sed per censuras ecclesiasticas efficere, vt ex nolente fiat volens, quod iure permissum est *d. c. ex literis Syluani.* ita in proposito Treuisanus *d. decis. 9 lib. 1.* 17

Ad tertium respondeo negando illam causam superuenientem exheredationis matris iustam esse, ex iis quæ superius dicta sunt.

Ad quartum respondeo concilium Tridentinum non obstare quia sponsalia † non tollit, vt per Treuisanum *d. decis. 9 lib. 1.* & per Nauarr. *d. c. 25. n. 144.* 18

Ad quintum respondeo iuramentũ quod in præsenti casu interuenit, supplere † pactis præsentiam, ad tradita per Iasonem *in d. l. stipulatio ista. §. alteri. n. 4. ff de verb. oblig.* & latius per Seraphinum *de priuileg. iuramenti priuileg. 24.* 19

Andreas Fachineus Pisis,
nomine Collegii.

Pro Illustri & Excellente I C. Dom. Io. Francisco Pacinio Collensi.

ARGVMENTVM CONSILII LIV.

De iure pascendi & lignandi.

SVMMARIA.

1 *Possessor tuendus in sua possessione.*
2 *Lite pendente nihil innouandum.*
3 *Nihil potest fieri contra debitam seruitutem.*
4 *Possessione sua nemo potest vti aliter quam ante litem.*
5 *Lite pendente si sylua, quam quis possidet, ad culturam reduci non potest.*
6 *Seruitutem rei communi non potest imponere vnus ex dominis sine consensu aliorum.*
7 *Res fideicommisso subiecta alienari possunt.*
8 *Nisi expresse prohibeatur alienatio.*
9 *Præscribi possunt tempore longissimo res prohibita alienari.*
10 *Vendi potest sylua cum iure pascendi & lignandi.*
11 *Seruitus lignandi est diuidua.*
12 *Patientia facit præsumi consensum.*
13 *Seruitus qualibet potest longo tempore vsucapi.*
14 *Seruitus discontinua quando præscribatur longo tempore.*
15 *Pronunciandum est in dubio pro possessore.*
16 *Res iudicata habet præsumptionem pro se.*

Christi presidio inuocato.

PRoponitur in facto extare quandam syluam in comitatu ciuitatis Collis quæ vocatur *Selua di Pisibena*, quæ olim possidebatur à quodam Antonio de dicto loco, vna cum aliquibus prædiis ibi existentib.

Is quatuor habuit filios Iacobum, Monaldum, Nicolaum, & alium Antonium: ad quos deuenerũt dicta bona. Isti plures filios habuerunt & nepotes, suorũ aliqui communiter tenuerũt dictã syluam, alii vero in alios iura sua variis de causis transtulerunt.

Et inter cæteros Albert. Anton. & Leonardus filii d. Antonii, vendiderũt prædium nuncupatum *la casa mona*, contiguum d. syluæ, & pariter ius lignandi & pascendi in d. sylua sicut prius ipsi venditores habebant Francisco de Portiis de anno 1540. qui quiete & pacifice ea bona possedit & vsus est seruitute lignandi & pascendi in d. sylua donec vẽdidit iura sua, hoc est, prædium & dictum ius lignandi & pascendi, Illustr. & Excell. Do. Io. Francisco Pacinio, qui etiam quiete & pacifice omnia tenuit & possedit. Nũc quidam de Pichinesiis condomini prætenti pro indiuiso vellent eã Syluam diuidere & diuiserunt sine licẽtia aliorũ dominorũ & d. Excell. D. Pacinii & vellẽt eam ad culturã redigere in præiudicium d. D. Pacinii.

Quare ipse obtinuit inhibitionem ne quid innouare possent donec de iuribus eius discussum esset.

Quæritur de duobus. Primo, an stante quieta & pacifica possessione ipsius D. Pacinii liceat d. consortibus diuidere, & ad culturam redigere anteq̃ de iuribus cognoscatur, tã ipsorum q̃ D. Pacinii possessoris.

Secundo, an isti de Pichinesiis in meritis causæ aliquod ius in d. Sylua habeãt per q̃ possint eã reducere ad culturã & impedire ius pascẽdi & lignãdi in cuius nũc possessione vel q. reperitur d. Excell. D. Pacinius.

Et breuiter agendo, quia veritas consistit in paucis, quod attinet ad primam quæstionem, dico non licere istis de Pichinesiis aliquid innouare in præiudicium Do. Pacinii existentis in quasi possessione lignandi & pascendi pro seruitute fundi empti, donec de iuribus eius fuerit discussum & cognitum.

Nam hæc est iuris certissima conclusio, quod pos-
1 sessor † est tuẽdus in sua possessione donec liqueat de iure actoris. §. *commodum Inst. de interd.*

2 Præsertim vero lite pendente quia nihil est † innouandum, etiamsi actus qui fit lite pendente alioquin esset licitus & permissus, nam litis pendẽtia facit eum illicitum Lancellot. *de attenta. 2. part. c. 4. tit. de atten. lite pend. ampt.*

3 Nec potest aliquis † cõtra debitam seruitutem aliquid facere. *l. de pupillo. §. sextus de op. nou. nunc.* Rimin. sen. *cons. 71. n. 19. lib. 1* Socin. iun. *cons. 60. n. 69. 70. lib. 1.*

4 Nec potest quis vti sua possessione alio † modo quam ante litem vsus est Gl. *in c. non solum. de app. in 6.* Berous *cons. 118. nu. 7. 8. & 24. lib. 3.* Lancell. *de atten. lite pend. lim. 1. n. 70* & sic non possunt dicti de Pichinesiis aliter vti eorum prætensa possessione quam ante vsi fuerint, & per consequens nõ possunt eam reducere
5 ad † culturam aut aliquid aliud innouare & in terminis quod nõ liceret ad culturam redigere Syluam in præiudiciũ iuris pascendi. Cæpoll. *de seru. rust. præd. c. 9 de iu. pascend. n. 9.* Franc. Mant. *decis. 297. nu. 1 part. 1.* Et hæc clara & indubitata mihi videntur. Maior videtur esse difficultas circa secundam quæstionem. Primo, quia prætendunt illi de Pichinesiis tacitum fideicommissum conuentionale vel testamẽtarium. Secundo, quia non videtur licitum vni ex dominis
6 seruitutem † imponere fundo, sine cõsensu aliorum dominorum. *l. 2. de seruit. cum concord.* & sic nõ videtur licuisse illis qui vendiderũt prædium seruitutem pascendi & lignandi in d. Sylua emptori concedere & alienare. Sed istis non obstantibus res mihi videtur clara, ad fauorem præfati Excell. D. Pacinii possessoris. Et quod attinet ad primum de tacito vel expresso fideicommisso res est clara, triplici fundamento.

Primo, quia non constat de tali asserto fideicommisso, q̃ est facti & probari debet, non autem præsumi *l. an bello. §. facta de capti cum vulg.* & quia fideicommissum est onus, quod non est inducẽdum nisi probetur, vt per Peregrin. *de fideic. art. 1. n. 26.* Secundum fundamentũ est, quia res fideicommisso subiecta potest † alienari in ignorantẽ ipsum fideicõmissum, ita, 7
vt fideicõmissarius eã vendicare nõ possit, sed tantũ agere ad preciũ cõtra grauatũ qui alienauit. *l. fi. de leg. 2.* qui tex. locũ habet ẽt in fideicommisso particulari, vt docet Paul. Castr. *in l. vlt § sed quia n. 4. C. com. de leg.* & sufficit quælibet ꝓbabilis ignorantia licet non processerit ex facto testatoris fideicommittentis, vt per Alex. *in l. Marcellus. §. res quæ. n. 4. ff. ad Trebell.* Et hæc ꝓcedunt supposito fideicõmisso tacito sicut in puncto dicitur, neq; enim supponitur expressa ꝓhibitio alienationis, quia tũc cessaret decisio tex. *in d. l. vlt* qui alioquin optime ꝓcedit † in tacita ꝓhibitionis alie- 8
natione q̃ resultat ex tacito fideicõmisso, secus autẽ in expressa Gl. cõm. recepta. *in l. cũ pater. §. libertis. de leg. 2.* Alex. *in d. §. res quæ nu. 4.* Ripa *in l. filiusfamilias. §. diui. nu. 2. de leg. 1.* Rota Rom. *decis. 21. 22. in 1. par. nouiss. decis.*

Tertium fundamentum est quoniam præfatus D. Pacinius præscripsit longissimo tẽpore 50. & amplius annorum actionẽ ex asserto fideicõmisso si qua subesset, coniungendo tẽpora suorum authorum prout coniungi debent in præscriptione, *l. Pomponius. §. 1 de acq. poss.* Et q̃ res subiecta fideicõmisso † p̃scribi possit 9
longissimo tẽporis spacio cõm. est Dd. sentẽtia, vt patet ex not per Castr. *in l. vlt. §. sed quia nostra col. pen. vers. adde aliã. C. com. de leg.* vbi dicit id procedere, etiãsi adsit ꝓhibitio alienandi, sequitur Ias. *ibi.* & Corn. Alex. *cons. 59. n. 7. 8. lib. 3.* Corn. *in cons. 117. & 304. nu. 19. lib. 3.* Dec. *cons. 267. nu. 4.* Balb. *de præscrip. in 5. par. 5. par. pr. q. 5.* Natta *cons. 437. n. 4.* Peregr. *de fideic. art. 41. n. 14.* Et hæc locũ habent cũ quis titulũ habuit ab herede grauato. Sed in casu nostro cũ D. Pacinius titulũ habuerit non ab herede grauato sed ab alio tertio, sufficeret p̃scriptio 10. annor. inter præsentes, & 20. inter absentes, vt per Corn. *in d. cons. 304. nu. 20. lib. 3.* Quod vero attinet ad alterã rationẽ, Respõdeo multis modis. Et primo, aduertendũ esse, quia hic nõ versamur in illa quæstione, verũ liceat vni ex dominis rei communis imponere ei seruitutẽ absq; aliorũ dominorum consensu, quia nulla seruitus de nouo fuit imposita d. Syluæ, sed tantũ fuit venditũ prædium, vna cum iure venditori cõpetente pascẽdi & lignandi in d. Sylua q̃ fieri de iure † potuit absq; vlla prorsus difficultate 10
tex. est ad literã *in l. testatrix. §. plures ff. si seru. vind.* & tradit in pũcto Cæpol. *in tr. de seru. tit. de seru. iuris pascendi. q̃ est caput nonũ sub tit. de seru. rust. præd. n. 7. 8.* Secundo, cũ seruitus † lignandi sit diuidua, & similiter seruitus 11
pascendi, vt per Cabal. *de diuid. & indiuid. par. 3. n. 355. 356.* sequitur, q̃ consensus vnius ex dominis sufficit, nec requiritur aliorũ consensus, vt imponatur seruitus rei communi, ẽt pro indiuiso Coras. *in l. 2. in fin. de serui.* Tertio resp. ex patientia tãti temporis † præsumi 12
cõsensum & sic cum alii cõsortes scierint & passi fuerint longo, imo longissimo tempore q̃ emptores vsi fuerint dicto iure pascẽdi & lignandi dicuntur cõsensisse *l. pen. C. com. diuid. l. solennibus. C. de rei vind.* Affli. *dec. 13. n. 2.* Ber. *cons. 19. n. 9. lib. 3.* Men. *de præs. li 3. præs. 135. n. 7.*

Quarto

Quarto respondetur rem esse indubitatam pro domino possessore, stante eius legitima præscriptione spacio longissimi temporis, coniungedo tempora suorum authorum, vt supra dixi. Neque enim locus est controuersiæ inter D. D. celeberrimæ, vtrum seruitus habeat causam continuam vel discõtinuam, vt primo casu sufficiat longi temporis prescriptio vel longissimi, secundo casu tempus excedẽs hominum memoriam. iuxta trad. per Gl. & Dd. *in l. seruitutes*. 14. *de seruit.* & in terminis seruitutis iuris pascendi quod præscribatur tẽpus immemoriale Paris. *cons.* 27. *n.* 87. *lib.* 1. Couuar. *lib.* 1. *var. resol c.* 17. *n.* 11. quoniam seruitus
13 quælibet potest longo † tempore vsucapi vna cum fundo, licet habeat causam discontinuam text. est & ibi not. Castr. & alii *in l. si aliena.* § 1. *ff. de vsucap.* Quanquam etsi locus esset disputationi supradictæ, cum D. Pacinius sit in possessione tanti temporis, dubitare non oportet quin dicatur præscripsisse ius pascendi & lignandi in d. sylua, allegando titulum & ad ipsum probandum deducẽdo tanti temporis possessionem. vt in puncto tradit Cæpolla *d. c.* 9. *n.* 24.

Et hæc est regula generalis, quod si quis alleget titulũ seruitutis discontinuæ, & probet vsum seu quasi possessionem talis seruitutis per spacium longi temporis sciente & patiente aduersario, ex tali vsu præ-
14 sumitur titulus allegatus & hoc in casu † seruitus discontinua præscribitur spacio longi temporis, Balb. qui de communi fidem facit *tract. de præscrip.* 2. *part.* 4. *part. princ. q.* 1. *n.* 5. quæ conclusio probatur per textum expressum *in l. pen. d. itin. act. q. priua. in l.* 1. § *denique, vers. sane. de aq. plu. arcen. & in l.* 1. *&* 2. *C. de seru. & aqua.*

Vltimo quamuis hæc res dubia foret, pronũciandum tamen esset in fauorem D. Pacinii. Primo, quia
15 possessor est, in dubio † autem pro possessore est pronunciandum. *c. ex literis. de prob. c. ne a sede. de præben. in* 6. *l.* 1. § *ne autem. de bono. poss. tex. insignis in l. si debitor. & l. ibi.* Ripa *de pigno.* D. Cęphal *in cons.* 658. *n.* 35. *lib.* 5.

Secundo, quia alias in simili casu, ita iudicatũ est, licet inter alias personas, talis enim res iudicata facit
16 magnam † præsumptionem, vt declarat optime Ias. *in l. si duo patroni. in* 1. *col. de iureiur.* Ripa *in l.* 2. *n.* 16. *C. de eden.* Crau. *de antiq. temp. par.* 3. 1. *part. princ. n.* 30. Tiraq. *in tract. res inter alios acta. lim.* 19. Menoch. *de præsumpt. lib.* 2. *præs.* 12. *n.* 6.

Andreas Fachineus Pisis,
nomine Collegii.

Pro Serenis. vtriusque B. Duce F. & Reuerend. præposito & monasterio B.

ARGVMENTVM CONSILII LV.

Agitur de monasterio exempto à iurisdictione ordinarii & de postulatione confirmanda.

SVMMARIA.

1 *Exemptio monasterii à iurisdictione ordinarii probatur quando in signum libertatis aliquid soluit.*
2 *Verba enunciatiua exemptionem probant.*
3 *Exemptio cõstitui & probari potest absque solutione census.*
4 *Emphyteuta cadit iure suo non soluendo canonem, per biennium.*
5 *Censualis non cadit iure suo licet non soluerit censum.*
6 *Emphyteuta, vt cadat iure suo ob non solutionem requiritur voluntas & declaratio domini.*
7 *Exceptio de iure tertii non valet.*
8 *Papa confirmans ex certa scientia priuilegium nullum, tribuit ei robur.*
9 *Exemplum ab originali desumptum iudicis authoritate æquiparatur originali.*
10 *Exemptus ab ordinarii iurisdictione nõ potest renunciare priuilegio exemptionis sine consensu Rom. Pontificis.*
11 *Princeps laicus non potest tribuere ecclesiasticam iurisdictionem.*
12 *Iurisdictio in exemptum potest ab ordinario exerceri in aliquibus casibus.*
13 *Renunciare nemo iuri suo præsumitur.*
14 *Homagium præstari non potest de re spirituali.*
15 *Exemptus qui comparet in synodo ordinarii, nõ propterea intelligitur renunciare suæ exemptioni.*
16 *Protestatio conseruat ius protestantis.*
17 *Exemptus comparendo in synodis ratione aliqua particulari, in reliquis sibi non præiudicat.*
18 *Aliud est esse talem, aliud se pro tali gerere.*
19 *Dignitatis acceptio damno esse non debet.*
20 *Prorogatio iurisdictionis iudicem facit eum qui non est.*
21 *Exemptus tenetur ordinario reuerentiam exhibere.*
22 *Centenaria præscriptio tantum obstat Romanæ ecclesiæ.*
23 *Confirmatio electi à monasterio exempto spectat ad Roman. Pontificem.*
24 *Exemptum redire sub iurisdictionem ordinarii in præiudicium tendit Rom. ecclesiæ.*
25 *Possessio seu quasi iurium incorporalium non acquiritur sine scientia & patientia aduersarii.*
26 *Præscriptio requirit actus continuos non intermissos.*
27 *Centenariæ exceptionem ex persona Rom. Pontificis opponere potest exemptus.*
28 *Monasterium regulare potest sibi præpositum eligere.*
29 *Coadiutor potest peti prælato seni & ægrotanti.*
30 *Papa potest conferre beneficia nondum vacantia.*
31 *Postulatio quando sit confirmanda.*
32 *Prudentia postulati ætatem supplet.*
33 *Papa dispensat cum eo qui est infra decennium.*
34 *Delictum & metus incussio non est præsumenda.*
35 *Electio non valet si non sunt omnes vocati qui habent vocem. sed cui competat hæc exceptio.*
36 *Concubinarius clericus ipso iure suspensus est ab officio.*
37 *Clerici suspensi ab officio non sunt vocandi ad actus Capitulares.*
38 *Addictus curæ animarum in parochia desinit esse membrum monasterii sui.*
39 *Nec vocandus est ad electionem Prælati.*
40 *In electione sufficit maioris partis consensus.*
41 *Postulatio etiam inualida confirmari potest à Pontifice.*
42 *Forma c. quia propter. de elect. non est seruanda in postulatione.*
43 *Defectus iuris positiui tolli potest per dispensationem.*
44 *Postulatio iã exhibita Rom. Pontifici reuocari nõ potest.*
45 *Metus excommunicationis dicitur iustus, & cadere in constantem virum.*

Christi nomine inuocato.

LEctis & discussis iis quæ tam ex parte monasterii B. quam ex parte Archiepisc. S. hactenus deducta sunt omnis controuersia & difficultas videtur nobis consistere in tribus punctis.

Primum est an monasterium B. sit exemptum à iurisdictione spirituali Archiep. S. & Rom. Pontifici immediate subiectum.

Secundum an Archiepisc. S. ius competat confirmandi præpositum B.

Tertium, an cum dictum monasterium postulauerit in coadiutorem præpositi viuentis cum futura successione Serenis. Principem F. Serenis. Ducis V. filiũ, talis postulatio admittenda & confirmanda sit à sacro Pontifice, vel à nuncio Apostolico eam potestatem habente, non obstantibus exceptionibus & obiectionibus prædicti Archiepisc. S.

Quod

Quod attinet ad primum punctum existimamus monasterium B. exemptum esse à iurisdictione Archiepiscopi S. & hoc ex priuilegiis Pontificis, quib. talis exemptio continetur.

Primum est Paschalii Papæ II. Anno 1106. his verbis. *Quæ D. o & B. Petro sub annuo censu obtulistis, sub tuitionem Apostolicæ sedis suscepimus, &c.* Quib. verbis continentur bona à fundatoribus oblata pro erectione monasterii, ad ius immediate D. Petri pertinere, vt apertius ex sequentibus priuilegiis patebit.

Secundum est Calixti II. Pontificis Max. Anno 1121. concessum: is enim monasterium iam erectum confirmans recipit sub tuitione sedis Apostolicæ, mandans illud à nemine turbari, vexari, aut molestari, & ad indicium (inquit) perceptæ huius à S. Roman. ecclesia libertatis, aureum nummum quotannis Lateranensi Palatio persoluendum. Quæ clausu-
1 la † exemptionē probat à iurisdictione ordinarii *text. in §. si Papa. de priuileg. li. 6. & in §. recipimus ext. eod. tit.*

Hoc Calixti priuilegiū confirmatū est ab Innocentio II. Anno 1141 & ab Eugenio III. Anno 1145. Item ab Adriano IV. Anno 1157. & Innocentio III. Anno 1209.

Tertium est Innocentii V. Is enim confirmans monasterii exemptiones ab aliquibus Pontificibus concessas, monasterium B. ad Rom. ecclesiam nullo medio pertinere. Hæc enim clausula etiam † enun-
2 ciatiue prolata in proposito casu exemptionem probat, quia de ea principaliter agitur vt habetur *in d. §. si Papa. de priuil. lib. 6.* & in declarat. opt. Philippus Decius *in consilio 152. num. 2.*

Quartum est Calixti III. Anno 1455. datum, in quo disertis verbis monasterium eximitur & liberatur à iurisdictione Archiepiscopi S. ac immediate Rom. ecclesiæ subiicitur, ita clare & expresse, vt nullus dubitandi aut disputandi locus est: postea, quod priuilegium vna cum aliis rursus confirmatum fuit à Sixto IV. Anno 1486.

His minime obstare videntur, quæ pro parte Archiepiscopi adferuntur.

Et primum quidem quod dicta exemptio & priuilegia in vsu non fuerint. Hoc enim in facto negatur. Nam memoratum monasterium post obtenta priuilegia in omnibus causis, & necessitatib. ad Romanos Pontifices confugit ab eisque obtinuit etiam in ipsis primis instantiis varia & diuersa rescripta, pro expeditionibus causarum.

Nam extant inter alia Innocentii IV. Honorii IV. Gregorii X. Clementis & Martini & aliorum multa & diuersa huiusmodi rescripta. Ex quibus patet monasterium priuilegio exemptionis sibi concesse semper vsum fuisse, cum necessitas postularet.

Secundum est quod obiicitur, videlicet Monasterium ab omni exemptionis priuilegio cecidisse, eo quod iniunctū annuum censum nō soluerit, quemadmodum tenebatur.

Verum nec hæc obiectio vrget: quia dato quod non semper census solutus fuerit, nam solutum fuisse vsque ad annum 1419. constat Apocha, siue instrumento solutionis, imo vsque ad tempora Calixti III. secundum annum 1455. vt in priuilegio eiusdem Pontificis aperte habetur: his verbis. *Quemadmodum in libris & registris exemptorū Apostolicæ Cameræ adhuc hodie inter alia exemptum & censuale, censumque huiusmodi retroactis temporibus in signum subiectionis, semper persoluisse reperitur.*

Non ideo tamē priuilegium esset amissum, siquidem solutio census non est de substantia exemptionis, vt si is non soluatur corruat priuilegium exemptionis, sed est tantum indicium exemptionis, vt expresse in iisdem priuilegiis cauetur his verbis, *ad indicium autem perceptæ libertatis &c.* nam & exemptio 3
absque solutione † census constitui & concedi potest *c. recepimus ext. de priuileg.* Non igitur infirmatur priuilegium ob non solutum censum.

Neque par est ratio huius annui census & canonis emphyteutici. Nam licet emphyteuta non soluendo canonem † intra biennium à iure suo cadat, 4
c. vlt. ext. de locat. non tamen † is qui censum debet, 5
etiamsi per mille annos non soluerit, sed potest duntaxat ad soluendum cogi, *iuxta tex. in ca. constitutus.* & ibi Glo. *in verb. iuxta ratam. de religiosis domibus.* Ioan. Imol. *in cap. ad audientiam. in 4. de rebus eccles. non alie.* Ias. *in l. 2. nu 41. C. de iur. emphyteut.* Soc. sen. *in cons. 167. n. 6. lib. 2.* Ruin. *in cons. 160. nu. 6. libro 1.* Cass. *consuetud. Burgund. rub. 11. §. 5.*

Sed etsi secundum emphyteuticas leges res ageretur, nihil tamen iuris amisisset Monasterium ante declarationem caducitatis, à R. Pontifice factam, quæ hic non adest, est enim hæc verior & communior sententia, quod emphyteuta non amittat ius suum † ob non solutum canonem, nisi dominus vo- 6
luerit ac declarauerit, vt probatur *in dict. leg. 2. Cod. de iure emphyteut.* ibi, *volentibus licere eum à prædiis emphyteuticariis repellere.* & decisum fuit nouissime in Rota Romana die 22. Iunii 1576 sub R. P. D. Canturio, vt hic in decisionib. nouissime expressis *part. 2. decis. 28.*

Deinde hæc obiectio non soluti census ad aduersarium non pertinet, sed ad ipsum Rom. Pontificem, cui ipse census debetur: frustra igitur ex parte Archiepiscopi S. excipitur † de iure tertii argumenti eius, 7
quod eleganter respondit I.C. Vlpianus *in leg. bis consequenter §. 1. ff. fam. hercisc.* dum vult heredē non posse obiicere coheredi suo indignitatem, cum eius non intersit, sed Fisci, cui oblatum ab indigno applicari solet *l. Papinianus. §. meminisse. ff. de inoff. test.*

Tertium est quod specialiter contra priuilegium Calixti III obiicitur: quod scilicet illud non reperiatur in forma probante: & dato quod reperiatur esse subreptitium, cum narratum fuerit Calixto, Monasterium vsque ab initio suæ fundationis exemptum fuisse: quod falsum est.

Verum nec hæc obiectio impedit, idque ob tres causas. Prima est, quia non est falsum, imo verum & certissimum, quod Monasterium ab initio suæ fundationis exemptū fuerit ab ordinarii iurisdictione, id patet ex priuilegio Calixti II. in quo habetur confirmatio ipsius Monasterii erecti, & simul eiusdem exemptio, his verbis, quibus dicitur. Ad indicium huius perceptæ ab ecclesia Romana libertatis Monasterium pendere singulis annis debere aureum vnum bizantinum, vt superius diximus.

Altera causa est, quia cum Pontifex † ex certa sci- 8
entia confirmat priuilegium, ius tribuit confirmato, licet priuilegium, quod confirmatur, nullum sit *cap. penult. de confir. vtili vel inutili. Gloss. ibidem in verb. tenor compositionis.* Abbas *in cap. examinata. in fi. de confir. vtili vel inutili.* Alexand. *cons. 1. numer. 39. lib. 5.* Dec. *in cap. 1. nu. 6. de confir. vtili vel inutili.* Sed S. Pontifex Calixtus III. ex certa scientia confirmauit dictum priuilegium exemptionis, vt ex eius literis patet, ergo licet nullū esset exemptionis priuilegium, confirmatio tamen ius tribueret atque exemptionem Monasterio.

Tertia causa est, quia Calixtus III. de nouo concessit d. exemptionem per priuilegium Monasterio B. sic n. ait. *Nec nō pro potiori cautela suffragio monasterii*

Aa pra-

prædictum vna cum altero monasterio monialium, & hospitali dicto priori monasterio annexis, ac præpositum, conuentus, Moniales personas, & loca cum omnibus eorum membris, bonis mobilib. & immobilib. præsentib. & futuris, ab omni iurisdictione, visitatione & D. Archiepisc. S. nunc & pro tempore existentis, nec non quorumcunq; aliorum iudicum ordinariorum de nouo eximimus & liberamus: hactenus S. Pontifex Calixtus. Itaque frustra opponitur à primordio suæ fundationis monasterium tale priuilegium non habuisse, cum illud nouiter concedat ei Calixtus, etiam dato quod non habuerit.

Quod vero dicitur priuilegium non extare in forma authentica, illud nihil obest monasterio cum saltem 9 extet eius † transumptum authoritate iudicis, quod æquipollet originali, *c. fin. de fide instrum.* vt adsit ante centum annos, extractum fidem facit ratione antiquitatis, præsertim accedentibus aliis adminiculis, nempe subsecutis aliis confirmationibus, præsertim Sixti I V. Anno 1486. ex traditis per Bartol. *in auth. si quis in aliquo. num. 9. C. de eden.* & ibi Alex. in 7. Iason *num. 21.* Crauet. *cons. 158. & 101. nu. 4.* Cæphalus *cons. 347. num. 32. lib. 3.* Puteus *decis. 210. num. 6. lib. 2.*

Tertio aduersus monasterii exemptionem obiicitur, quod videlicet illa exemptio effectum non habuerit ex quo ipse Archiepiscopus S. præscripserit aduersus omnem eius exemptionem, & acquisiuerit in monasterio ius superioritatis & iurisdictionis tanquam ordinarius.

Id enim videtur probari, ex quam pluribus actibus iurisdictionis, quos Archiepiscopus S. pro tempore existens, in Præpositum ac eius monasterium exercuisse dicitur.

Sed hi actus nihil conuincunt, quia nullus est qui Archiepiscopo iurisdictionem tribuere potuerit, quod euidenter ostenditur percurrendo singulos actus allegatos.

Primus est, quod anno 1136 orta dissensione inter Monasterium B. & Monasterium B. super eo quod prætendebatur inuicem vnica, Archiepiscopus tanquam iudex ordinarius & qui ab vtraq; parte interpellatus fuit, litem sententia sua diremit.

Qui actus nihil probat: Primo quia hæc sententia Archiepiscopi confirmata fuit à R. Pontifice, vt patet ex literis Innocentii II. Anno 1141. datis, & ex literis Eugenii III. Anno 1145. & ex literis Hadriani IV. Anno 1157. datis: ex quibus constat sententiam illam per se robur & efficaciam non habuisse, sed R. Pontificis authoritate indiguisse.

Secundo quia memorati Pontifices, Innocentius, Eugenius & Adrianus in eiusdem literis in quib. sententiam Archiepiscopi confirmant, etiam exemptionis monasterii priuilegium confirmant; ex quo manifeste colligitur summos Pontifices approbare quidem voluisse dictam sententiam, sed tamen eam exemptioni monasterii præiudicare noluisse.

Secundus actus est, quod anno 1198. idem Archiepiscopus, ecclesiæ B. in certo quodã foresto portionem concessit ac in huius salinis.

Et hic actus nihil probat: quia non recte infertur, Archiepiscopus Monasterio aliquid donat vel concedit, ergo Iurisdictionem acquirit & monasterium sibi subiicit. Hæc enim nulla affinitate sibi cõiuncta sunt: Nam & sereniss. B. domus multa monasterio concessit, non tamen idcirco prætendit monasterium sibi esse subiectum. *leg. neq; natales. Cod. de probationibus.*

Tertius actus est, quod anno 1211. facta fuerit trãsactio inter Præpositum S. & Præpositum B. in qua conuentum fuit vt Præpositus B. teneretur accedere ad conuentum Præpositi S. & si quæ graues causæ emergerent in plebe ipsius B. ad examen d. Præpositi S. spectare deberent.

Neque hic actus obstat: Primo quod transactio inter alium Præpositum siue dicas Præpositos facta fuerit, non vero inter ipsum Archiepiscopum: vnde sequitur Archiepiscopo transactionem nihil prodesse. *tot titu. C. res inter alios acta.*

Secundo quia in instrumento transactionis dicitur, Præpositum S. tali reuerentia contrusum plebẽ B. in approbata sua consuetudine & quiete, qua ab ecclesiæ fundatione vsa, relinquere: quo fit vt omnis exemptio ab initio fundationis monasterio concessa salua relinquatur, prædicta transactione non obstante.

Tertio transactio nullius momenti fuisset: cũ etiamsi expresse renunciatum fuisset † priuilegio exemptionis, non tamen valuisset: quemadmodum aperte cõstituit S Pontifex *in c. cum tempore. extr. de arbitris.* his verbis inquit: *cum etsi sponte voluerit, de iure tamẽ nequiuerit, sine licentia R. Pontificis renunciare priuilegiis & indultis libertatis, quæ monasterium illud indicant ad ius & proprietatem R. Ecclesiæ pertinere.* Quod in hac materia diligenter obseruandum est. 10

Quartus actus est quod anno 1379. sereniss. Duces A. vti protectores & aduocati Præpositi B. apud Archiepiscopum institerint vt Monasterii Præpositum multis criminibus inuolutum puniret.

Et hic actus nihil ad rem facit primo quia non erat in potestate Seren. A. ducis Archiep. † iurisdictionem tribuere, *per tex. in c. ecclesia S. Mariæ. ext. de constit.* cũ ne quidem ipse in Præpositum delinquentem animaduertere potuerit, & sic dare non poterant quod non habebant. *l. obseruart. in fin. ff. de off. procons.* Deinde præsumendum est, prædictos duces iurisdictionem Archiepiscopo non tam tribuere voluisse, quam excitasse, si qua forte in Præpositum ipsi Archiepiscopo cõpeteret. *c. licet. ext. de off. iud. ord.* quod accidere potuit in iis delictis quæ Præpositus † fortassis in loco nõ exempto perpetrauit, iuxta tex *in c. 1. de priu. lib. 6.* cõcil. Trid. *sess. 7 de refor. c. 14.* adde Frider. Senensem. *cons. 1. n. 4.* & late plures alias allatas à Iac. Menoc. *in consil. 466. n. 16. lib. 5.* Tertio neq; constat vigore eiusdẽ instantiæ archiepiscopi puniuisse ipsum Præpositum, & sic exercuisse aliquem actum Iurisdictionis. 11 12

Quintus actus est, quod anno 1198. idẽ Archiep. animaduertens congregationẽ B. ecclesiæ S. semper promptiore deuotione fuisse subiectam, Præposito & cæteris canonicis concessit ecclesiam quandam parochialem perpetuo possidendam.

Qui similiter actus nihil probat: quia per talem concessionem iurisdictio non acquiritur, vt & supra probatum fuit: itaque illa verba promptiore deuotione fuisse subiectam, iurisdictionem non arguunt, quia narratiua sunt & subiectionem quoad deuotionem respiciunt, quæ est subiectio quædam reuerentialis siue Sacramentalis, eo quod Monasterium sacramentalia ab eodem Archiepiscop. percipiat de quo in additione ad gloss. *ad cap. 1. in verb. institutæ. de priuileg. libr. 6.* & in priuilegiis quoque summorum Pontificum habetur. Nec enim † quis censetur priuilegio sibi concesso renunciare, *leg. tertia. Digest. de militar. testament.* maxime vbi & alterius præiudicium vertitur, quemadmodum hoc casu euenit 13

euenit, quia præiudicium sedis Apostolicæ concernit: vt & supra in refutatione tertii actus dictum fuit.

Sextus actus est, quod omnes Præpositi B. ecclesię dum Archiepiscopus inauguratur, interesse soleant inaugurationi, & homagium tunc illi præstent. Item quod iidem Præpositi cum ab archiepiscopo confirmantur, eidem homagium præstare soleant, semper præstiterunt, ac singulis annis florenos 100. ecclesiæ S. soluere consueuerint.

Et hic actus nihil probat, primo quia ad causam nostram non pertinet, cum de spirituali & ecclesiastica iurisdictione agamus. Actus vero concernunt
14 temporalem iurisdictionem. Constat † enim homagium pro re spirituali præstari non posse, *c. ex diligenti. de simonia. c. vlt. de reg. iur.*

Secundo quia prætenso homagio obstant Imperatorum Friderici II. Caroli IV. Adolphi, Maximiliani, Caroli V. Ferdinandi, Maximiliani II nec non Rudolphi nunc viuentis diplomata, quibus expresse declaratur monasterium quoad temporalē iurisdictionem imperio subiectum esse, non autem alii, & in specie extat declaratio Rudolphi nunc viuentis, contra Archiepiscopum S. super eodem iure subiectionis dicti monasterii.

Septimus actus est, quod B. Præpositi semper ad synodos prouinciales S. celebratas vocati fuerint ac interfuerint.

Neque hic actus monasterii exemptionem destruit, cum Præpositus sua sponte comparuerit, vt
15 eo facilius synodi statutis † cōtradicere posset sicut dicebat Imola *in c. quod super n. 7.* & ibi Cardinalis Zabarella *q.* [illegible] *de maior. & obed.* & post eos Henricus Botteus [illegible] *synodo Episcopali in 2. parte. art. 4* [illegible] Nicena synodus 3 [illegible] *d. stinct.*

Deinde Præpositus accessit cū protestatione suæ
16 exemptionis, quæ † quidem protestatio conseruat ius protestantis *l. N.* [illegible] *vers. quid enim si etiam protestatio est ff. de neg. gestis.* licet hodie ex constitutione concilii Trident. *sess. 14. de confirmat. tit. 2.* omnes exempti, qui alias cessante exemptione interesse deberent nec Capitulis generalibus subduntur ad synodum Diœcesanam accedere tenentur.

Postremo nō fieri potuit, quod Præpositus ratione ecclesiæ vel capellæ alicuius non exemptæ, qualis ea esse potuit, de qua supra in quinto actu, in synodo
17 comparuerit. Quod illi in reliquis † exemptionibus monasterii minime præiudicat. *c. ex ore. extra. de priuil.* adde Panor. *in c. quod super his. ext. de maio. & obed.*

Octauus actus est, quod sæpenumero Præpositus B. se vocauerit ac gesserit vti Archidiaconum ecclesiæ S. qui dicitur oculus Archiepiscopi.

18 Verum neq; hic actus obstat, primo, quia † aliud est esse talem, aliud se pro tali gerere *l. 1. & l. 2. C. de eo, qui pro tut. negoc. g. ff.* Secundo, quia Præpositus B. re vera non gessit se pro Archidiacono S. nec illum pro tali agnoscit ipse Archiepiscopus, cum in Archiepiscopatu non exerceat ea, quæ sunt officii Archidiaconi, quæ recensentur *in c. 1. in c. ad hæc & in c. vt nostrum. ext. de off. arch. d.* Tertio quia talis titulus ad augendam Præpositi dignitatem tendit, non autem ad exemptionem eius minuendam. Absurdum vero est
19 accessionem † dignitatis damno esse. *l. municeps desinit. ff. de municip. & l. penult. ff. de senat.*

Nonus actus est quod apud notarios Archiepiscopatus S. diuersarum causarum acta reperiantur, tam matrimonialium, quam criminalium, villarū eidem Præposituræ subiectarum, quæ à Vicario ipsius Archiepiscopi cognitæ & decisæ sunt.

Sed & hic actus nihil probat: quia fieri potuit, quod Vicarius cognouerit de contractu siue delicto in nō exempto loco cōmisso *iuxta c. 1. de priu. lib. 6.* deinde nescitur quo iure ad Vicariū iuerunt personę dictarū villarum, an sponte vel casu, an sciente vel ignorante Præposito, & quibus ex causis, ideoq; hęc res nocere non potest exemptioni Monasterii.

Decimus est actus, quod anno 1584. processus fuerit per cōmissarios S. institutus in ipso Monasterio B. ratione homicidii cōmissi, in persona vnius canonici eiusdem Monasterii. Nec hic actus quidquam probat, quia causa dicti homicidii specialiter fuit Archiepiscopo delegata, à R. Pontifice Secundo, quia Archiepiscopus in Monasterium iurisdictionē non exercuit, sed in ipsum homicidam.

Vndecimus est, quod acta extent contra modernum Præpositū, in causa hereditatis eiusdem Christophori canonici dicti Monasterii, in qua scilicet Præpositus conuentus fuit, tanquā reus, coram Archiepiscopo, ac ipse in iurisdictionē ipsius consensit.

Neq; hic actus quidquam probat imo cōtrarium docet: nam si Præpositus in iurisdictionem Archiepiscopi consensit, sequitur Archiepiscopum non ex propria & ordinaria potestate de causa cognouisse, sed ex consensu partium, id est, ex prorogata iurisdictione, prorogatio enim † iurisdictionis facit iudicē 20
eum, qui non est iudex ordinarius. *l. 1. & l. 2. in prin. ff. de iud. & signif. c. st. tex. de foro comp.* Secundo hic vnicus & singularis actus est, per quem exemptio siue priuilegium non amittitur, *c. si de terra. & c. accedentibus ext. de priuilegiis.* præsertim cum hac in re versetur præiudicium sedis Apostolicæ, vti dictum est in refutatione tertii actus.

Duodecimus actus est, quod anno 1558. laudum fuerit prolatum, in quo cautum est, neque Præpositum, neque Capitulum B. quidquam attentare debere, contra Archiepiscopum & S. Ecclesiā Hoc laudum exemptioni monasterii nihil derogat, cum etiam exemptus debeat ordinario reuerentiam exhibere. Nam cū ab eo † sacramentalia percipiat, glos. 21
ad c. 1. in verb. instituta. de priu. leg. lib. 6. non debet contra eum eiusq; ecclesiam aliquid moliri, vt diceb. [illegible] Balbus *de præscrip. in 7. parte. princip. quest. 12. n. 12.* post Felin. *in c. cum non liceat. col. 1. de præscrip.*

Tertius decimus actus est ex duobus recessibus duarum dietarum siue conuentuum, qui ab Archiepiscopo fuerūt indicti anno 1565. 8 Ianuarii, & 1567. 21. Iulii. qui recessus vna cū delectis ex numero Prælatorum, equitum, reliquorumque ordinum ecclesiæ & principatus B. fuerunt à W. & viuente Præposito subscripti & approbati.

Neque hi actus officiunt exemptioni monasterii, cum de eo nō agant, & si exemptioni derogant nullius momenti censendi sunt, vti constat ex iis quę supra in refutatione tertii actus dicta sunt.

Atq; hi actus pro parte ipsius Archiepiscopi adferuntur, B. probatur ipsi subiectum esse: quib. monasteriū sed frustra, cū pro exemptione d. monasterii pugnent tot SS. Pontificum priuilegia, quibus nulla cōuentione aut alia quauis ratione inscio & inuito S. Pōtifice derogari potest, vt iam satis ostensum est.

Sed forsan Archiepiscopus ex prædictis actib. legitimā præscriptionem allegabit. Quod nec illi concedendum est, vt ex prædictis abunde constat & si vlla præscriptio hac in re admittenda foret, ea nō nisi centum annorum esse posset: cum ea tendat contra R. ecclesiam, aduersus quam † non nisi centenaria 22
præscriptio currit. *c. ad audientiam in fine. cum c. seq. & c.*

 si di-

ſi diligenti.ext. de præſumpt. Auth. *quas actiones.de S. S. eccleſia.* de qua, cum ex parte Archiepiſcopi non conſtat, vtriq; pro exemptione monaſterii iudicandum erit, per tex. *in c.ex ore ſedentis.ext. de priuileg.* vbi dicitur. *Cum igitur inter vos*, (*ſcilicet* Abbatem, & fratres Euaſi Cœnobii & Vigoricum Epiſcopũ) *ſuper monaſterii veſtri ſubiectione & libertate controuerſia verteretur, monaſterii veſtri propoſuerit procurator quod idem Monaſterium ab ipſa fundatione liberũ extitit & exemptum,&c. Nos igitur his & a'iis diligenter auditis, cum à neutra parte ſit probata præſcriptio, ſententialiter definimus, quod Euaſenſe cœnobium liberum eſt in capite, tanquam ab Epiſcopali iuriſdictione exemptum, & ſoli Ro. Eccleſiæ ſubiectum.* & hæc de primo puncto.

Sequitur ſecundum an ius confirmandi præpoſitum competat Archiepiſcopo. Quod ius confirmandi præpoſitum B. competat Archiepiſcopo S. duobus potiſſimum argumentis prætenditur, vnum eſt quoniam anno 1379. ab Epiſcopo F. laudum eſt prolatum diſcordię, imo & belli orti occaſione, inter A. & B. principes, in quo fuit definitum ius eligendi Prępoſitum ad monaſterium ſpectare, ita vt ius confirmandi Archiepiſ. prout de iure haberet, laudum fuit à patribus approbatum.

Alterum argumentũ deſumitur ex trib. confirmationib. ab archiepiſcopo factis, prima de anno 1507. in perſona domini H. R. Secunda de anno 1523. in perſona W. L. per obitũ de H. Tertia de anno 1558. in perſona moderni Præpoſiti.

Sed his argumentis non obſtantibus putamus Archiepiſcopum ius confirmandi non habere, ſed illud ad Ro. Pontificem immediate pertinere, & quidem præſuppoſita exemptione Monaſterii, quæ revera præſupponi debet, res eſt clariſſima: quia ſi Monaſteriũ non eſt Archiepiſcopo immediate ſubiectum ſed Ro. Pontifici, ſequitur ius confirmandi competere ipſi Romano Pontifici, non Archiepiſcopo *c. capientes.* §. *hoc generale.de electio.lib.6.* ibi quorũ electionum confirmationes vel infirmationes ab ipſius ſedis, ſcilicet Apoſtolicæ, examen deducit immediata ſubiectio, declarat optime Guilielmus Mondagotus *de electione prælatorum. in 1. parte. c. 56.* Confirmatio n. à ſuperiore fieri debet, vti notum eſt, & tradit *Lancelotus in* § *eadem conſtit. inſtit cano. eſt de confirmat. electi.* Sed Roman. Pontifex ſuperior immediatus, ergo ab ipſo facienda eſt, non ab Archiepiſcopo.

Non obſtat prius argumentum, primo quia non conſtat de tali laudo, idq; extare negat Monaſteriũ. ſecundo quia dato quod cõſtaret, non tamẽ valet in præiudicium Romanæ ſedis, in cuius præiudicium redundat ſi monaſterium hoc reſpectu ſubiiceretur Archiepiſcopo, vt eſt apertus textus *in c.cum tempore. ext. de arbitris.* allegatis, ſupra refutatione tertii actus.

24 Quod autem † redundat in præiudicium ſedis Apoſtolicæ ſi exemptio amittatur, probatur ex textu *in c. cum olim propter. de priuilegiis.* ibi, *ne in nos Monaſterii læſio redundaret.* Tertio quia poſt dictum laudum ſic peruenit exemptio Calixti III. anno 1455. conceſſa, in qua cum monaſterium expreſſe eximatur à iuriſdictione Archiepiſcopi omnibus in contrarium facientibus non obſtantibus, cum clauſulis ampliſſimis: ſequitur illud laudum in totum cõcreuiſſe, nec amplius nunc poſſe intentionem Archiepiſcopi.

Non etiam mouet quod huic laudo dicatur Duces B. pro ſe ſuiſque heredibus & ſucceſſoribus ſe ſubſcripſiſſe, quia improbata eſt à iure iſta ſubſcriptio, vt in dictum eſt & ſubſequenter omnino nulla *c. quæ cõtra. de reg. iuris. li. 6. & l. non eſt dubium. C. de leg.*

Neque obſtat poſterius argumentũ ex tribus confirmationibus deductum. Primo quia non conuincitur eas extare vti prætenditur. Secundo dato & non cõceſſo, quod extent, nullũ tamẽ ius Archiepiſcopo tribuant, cũ per eos præiudicatur eccleſiæ Romanæ.

Et videant Archiepiſcopi, qui hos actus exercuerunt in præiudicium Romanæ Eccleſiæ qua ratione ſe defendere poſſint, à periurio, propter iuramentũ à ſe præſtitũ Ro. Eccleſiæ *in c. ego n. Epiſcop. ext. de iureiur.* quemadmodum alibi S. Pontifex obiicit Piſano Archiepiſcopo *in c. ſi diligenti. ext. de præſcript.*

Neq; Archiepiſcopus S. præſcriptionem iure allegare poterit, ob prædictos actus, imo nec poſſeſſionem, conſtat enim † iuriũ incorporalium [illegible] poſſeſſionem acquiri non poſſe ſine ſcientia & [illegible] aduerſarii, qui ſcilicet ex eo lædi poſſet, *l. [illegible] ſeruit. leg. 2. ff. de ſeru. & aqua.* vt declarat A[illegible] *in c. cum eccleſia n. 12. de cauſa poſſeſſ. & propri[illegible] quarta. de præſcript.* & latiſſime Didacus Couar[illegible] *poſſeſſor. de reg. lib. 6 in 2. parte relectionu. initio n.* [illegible] quod ea nõ ſit centum annorum, vti iure requiritur contra Ro. eccleſiam, per textum *in c. ad audientiam. cir. fin. & c. ſeq. & c. ſi diligenti. de præſcript.* [illegible] *ext. de confir. vtili vel inutili. auth. quas actiones. de ſacr. eccl.* 25

Quod vero allegata præſcriptio nõ ſit centũ annorũ ex eo conſtat, quia ab anno 1507. quo prima confirmatio facta fuit, vſque in præſens tempus, non dum lapſi ſunt centum anni.

Secundo quia huiuſmodi præſcriptio, ſi qua fuit, intercepta fuit, nec enim conſtat præpoſitum [illegible], qui modernum anteceſſit, ab Archiepiſcopo confirmatum fuiſſe: præſcriptio † autem continua non interrupta eſſe debet, *c. illud. & c. auditis. ext. de præſcript.* 26

Atq; hanc exceptionem centenariæ præſcriptionis poteſt † monaſterium ex perſona Ro. Pontificis opponere, ſicut optime declarat [illegible] *ad c. ad audientiã. n. 12. verſ. in contrariũ tamen. ext. de præſcript.* ſequitur Decius *ad c. cum dilecta. nu.* [illegible] *ext. de confirm. vtili vel inutili* ex quo enim præiudicium eccleſiæ Romanæ inſeparabile eſt à prçiudicio monaſterii exempti, ratione huius communionis à ſe inuicem ſeparari non debent *l. ſi communem. in princ. ff. quemad. ſeru. amittatur.* neq; enim fieri poteſt, vt monaſterium ſit immediate ſubiectũ Archiepiſcopo, quin iuriſdictio immediate Ro. Pontifici auferatur, cũ duo eiuſdem rei domini in ſolidũ eſſe non poſſint ſecundum vulgata. 27

Supereſt tertium punctum: an ſcilicet poſtulatio Sereniſſimi Principis Ferdinandi, ſit confirmanda, non obſtantibus exceptionibus Archiepiſcopi.

Et nobis videtur confirmanda eſſe, quia ea legitime facta fuit à præpoſito & toto capitulo monaſterii conſentientib. in perſonam digniſſimam.

Quod ea legitime ſiue canonice facta fuerint, cõſtat ex inſtrumento poſtulationis, cum enim monaſterium B. eligere ſibi præpoſitum poſſit † vigore ſuorum priuilegiorum, tum etiam authoritate SS. canonum *cap. ſi 16. q. 6. cap. abbate. il 1 & il 2. cum c. ſeq. 18. q. 2.* poterit et poſtulare Præpoſitum: cui n. conceſſa eſt electio, eidem quoque conceſſa eſt poſtulatio *c. bona memoria. il 1. in fi. & c. bona memoria il 2.* §. *ceterum. ext. de poſtulat. c. innotuit. ext. de electio.* Glo *ad c. poſt translat. in verbo, liberam. ext. de renunciat.* Hoſtienſis *in ſumma. de poſtul. prel.* §. *quidem poteſt poſtulare.* 28

Itaque patet Monaſterio competere ius poſtulandi, & quidem coadiutorem præpoſiti cum is qui ſenio † vel valetudine grauatur recte coadiutor adiungatur *c. vnico. de cler. ægro. lib. 6. & c. 3. c. ex parte. & c. fi. ext. eod. tit.* 29

Neque

Nec impedit quod in proposito casu nostro postulatio [illegible] cum futura successione, quam [illegible] petitur eam admitti & confirmari à S. Pontifice, iuxta decretum concilii Tridentini in sess. 25 c. 7. vers. quod si quando de reformatione. Tantum enim S. Pontifex, personatus, dignitates, [illegible] beneficia † nondum vacantia etiā con-
30 [illegible] de præbend. lib. 6.

Quod ad postulati personam attinet, ea dignissima [illegible] postularetur, non solum propter præstantem doctrinam, quæ in postulata persona elucet, verum etiam propter [illegible] mores & pietatem quibus ipsa [illegible].

[illegible] persona est quæ monasterii res tueri [illegible] possit, cuius nomine non parum interest [illegible] illū in coadiutoré assumi cum futura [illegible] hac præsertim tempestate, qua catholica [illegible] & præcipue monasteria misere affliguntur [illegible], adeo vt Panormitanus ad c. bonæ me-
31 moriæ [illegible] ext. de postulat. [illegible] iustam † causam admittendi postulationem existimat si ea vtilitatem ecclesiæ [illegible], puta inquit ipse, quia postulatus est potens ad defendendam ecclesiam ac bene doctus aut [illegible] nec reperitur alius, per quem ita bene consulatur ecclesiæ. ita Panormit.

His non obstat minor ætas postulati, cùm agat tā-
32 tum 15. annum, quia in eo prudentia † ætatem supplet. c. [illegible] ext. de spons. impub. nam etiam D. Paulus in epistola ad Timotheum c. 4. Nemo inquit adolescentiā tuam contemnat. Et D. Ignatius epistola 6. Damā Episcopum Magnesiorum iuuenem honorādum docet, quia non [illegible] inquit, temporis spacium, sed spiritus sanctus [illegible] & sapientes reddit.

Secundo quia in Germania passim conceduntur [illegible] dispensationes & gratiæ à Rom. Pontifice, [illegible] religionis catholicæ & in personam ipsius [illegible] F. postulati similes dispensationes & gratiæ à S. Pontifice collatæ sunt nam præter canonicatus S. & M. [illegible] H. præpositum cum futura successione dispensationis [illegible] obtinuit.

Itaque quod superest defectus ætatis, nec nō impedimentum plurium beneficiorum per dispensationem suppleri & tolli potuit, siquidem S. Pontifex
33 [illegible] legitur † cum pueris infra [illegible] annum constitutis dispensasse. c. [illegible] & [illegible] Panormitanus ext. de ætat. & qualitat. in [illegible]. adde tex. in capit. de mul. a [illegible]. de præbend.

Non obstant Archiepiscopi obiectiones & exceptiones, quarum prima est, quod postulatio facta [illegible] per [illegible] per vim & motum ad instigationem serenissimi vtriusque B. ducis.

Hæc enim exceptio non probatur, quemadmodum de iure requiritur l. metum. C. de his quæ vi metusue causa. nam ea in facto consistit, facta autem non præsumuntur. l. 2. in fin. ff. de iur. & fact. igno. eoque minus præsumi debet . . quod hoc casu etiam
34 iudicium † præsumeretur. contra l. merito. ff. pro socio.

Secundo quia contrarium probat instrumentum postulationis & quidem [illegible], in quo asseritur ex communi consensione ac voto eam factam fuisse.

Secunda exceptio est, quod non fuerit vnus ex Canonicis vocatus qui absens erat.

Quæ etiam exceptio non obstat. Primo, quia Ar-
35 chiepiscopo non † competit ius allegandi eam, sed absenti qui vocandus erat, modo tamen vocari debebat. c. quod sicut. [illegible] princ. ext. de elect. Ab. in c. in genesi. in c. quia propter tum alius prout habetur in glossa [illegible] Canon. Lancelott. ad §. nam cum viduatur. in verbo, irritam. tit. de election.

Secundo quia absens qui non est vocatus erat publicus & notorius concubinarius. & per consequens
suspensus † ab officio per [illegible] ext. de cohabitat. cle- 36
ricor. et probat late Bernardus Dias. in practica Ca-
nonica. in verbo. concubinarius. suspensi autem non sunt 37
necessario vocandi. c. cum inter R. [illegible] ext. de electione. & declarat optime Gulielmus Mandagotus de electione. & postulatione. Prælatorum. in 1 parte, cap. 6.

Tertio is qui non fuit vocatus, alteri monasterio
cum animarum cura præfectus erat, vnde desiit † es- 38
se membrum monasterii B. c. fin. ext. de relig. dom. & subsequenter ius eligendi amisit. c. fin. 16. q. 7. c. 1. ext. de electionibus.

Quod si forte sic obiiciatur monasterium illud, cui præfectus erat, subiectum monasterio B. de quo tamen non constat, & ideo prædictum Monachum ius eligendi in monasterio B non amisisse, iuxta c. 1. §. 1. de privileg. lib. 6. Quia etiam nec eo casu ad electio-
nem vocandus erat, si prioratus habet † electionem 39
proprii Prælati per se, vel saltem bona diuisa a bonis monasterii maioris, quemadmodum ex sententia communi tradit Panormitanus ad d. c. fin. circa finem. de relig. dom. licet in his consuetudinem prævalere ait Innocentius ad c. fin.

Quarto dato, non tamen concesso, quod hac in parte defectus aliquis foret, is tamen, cum non iuris diuini sed positiui sit, ita statuente iure Canonico, quapropter idem quoque statuit, vt in electione suf-
ficeret maior & sanior pars eligentium, etiamsi † alii 40
dissentiant. c. quia propter. ext. de electio. postulatio eò non obstante à S. Pontifice confirmari potest, vt notat post alios Imola in c. quod sicut. n. 23. de election. & fa-
cit quod cum sententia est † nulla, confirmari tamen 41
debet si sit iusta, vt probat textus in leg. fin. § fin. ff. de eo quod metus causa. tradit Vantius in tractat. de nullitate. in vlt. pag. constat autem in hac postulatione consensum Præpositi & reliquorum Canonicorum interuenisse, qui vtrique vniuersitatem siue collegium repræsentabant, l. nulli. cum l. seq. ff. quod cuiusq. vniuersitatis. & c. 1. de his quæ fiunt a maior. part. cap. poterit igitur S. Pontifex sua authoritate hanc postulationem tanquam ab integro collegio factam confirmare.

Tertia est exceptio, quia non fuit seruata forma c. quia propter. de electio. Non obstat hæc exceptio, quia cum per instrumentum postulationis legitime esse factam conuincatur. §. fin. Instit. de fideiuss. aduersariorum erit probare contrarium. l. 1. C. de probat. l. in exceptio. ff. eod. tit.

Quin etiam existimat Syluester in summa sua, in verbo, postulatio. in 7. in solenni postulatione, qualis
est hæc nostra postulatio, non † necessario requiri, 42
vt seruetur forma. c. quia propter. de electio. neque enim hoc expressum reperitur in postulatione quod sufficit vt tradit Hostiensis in summa sua. de postulat. qualiter fiat concordi & communi consensu factam esse, facit textus in c. bonæ memoriæ. §. nec obstabat. ext. de postulat.

Quarta exceptio est, quod persona serenissimi F. principis postulati non habeat qualitates à concilio Tridentino requisitas, vt habetur sess. 25 cap. 7.

Hæc exceptio non obstat, quia in his qualitatibus quæ desiderantur, Pontifex ex certa scientia dispensare potest, vti supra dictum est.

Quinta est exceptio, quod postulatus non sit clericus regularis.

43 Nam & hæc exceptio nõ impedit, quia † hic defectus per dispẽsationẽ tolli potest, vt declarat optime Io. Staphileus *de literis gratiæ & iustitiæ in §. forma. n.* 10. & talis dispensatio cõcedi est solita, & ipsimet Archiepiscopo aliquando concessa.

Sexta est obiectio, quia Præpositus & Canonici eam postulationẽ reuocarunt. Quæ exceptio etiã nõ obstat Primo, quia reuocarunt re nõ integra: cũ scilicet

44 Rom Pontifici fuisset † exhibita, quod nõ licet. *c. bonæ. il* 2. *§. nec obstabat exc. de postul.* notat ibid. Panorm. *n.* 10. quia reuocarunt excõmunicationis metu, qui

45 vtiq; iustus † metus fuit, cadens in constantem virũ, vti docet Couua. *in* 4. *decret. in* 2. *parte. c.* 3. *§.* 4. *n.* 12. quã tamen postulationem metu cessãte rursus confirmarunt, vt patet ex instrumento ratificationis. Atq; ita iuris esse putamus, saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii cum voto clariss. D. Henrici Canisii ibidem canonum Professoris.

Pro eodem.

ARGVMENTVM CONSILII LVI.

De monasterii exemptione ab ordinarii iurisdictione.

SVMMARIA.

1 *Bulla Pontificis non probat si sit defectuosa.*
2 *Vel si contineat malam latinitatem.*
3 *Bulla probat si habet sigillum authenticum.*
4 *Præsertim si sit Principis.*
5 *Cap. cum à nobis. de testibus. explicatur.*
6 *Exemptio monasterii quibus verbis probetur.*
7 *De eodem.*
8 *Clausula, salua canonica iustitia matricis ecclesiæ, quid importet.*
9 *Exemptus non potest prorogare iurisdictionẽ ordinarii.*
10 *Ordinarius non potest exemptum excommunicare.*
11 *Exemptus potest prorogare iurisdictionem ordinarii excepta causa exemptionis.*
12 *Verba narratiua Papæ probant exemptionem.*
13 *Vel saltem inducunt præsumptionem.*
14 *Et quando gratia fundatur super verbis narratiuis probant.*
15 *Priuilegium corruit si falsa sit causa ob quam concessum fuit.*
16 *Quod declaratur ibi.*
17 *Et ibidem.*
18 *Princeps non potest derogare priuilegio iam concesso, nisi ex causa.*
19 *Bulla non præsumitur fuisse in casu nisi probetur.*
20 *Sed contra ibi.*
21 *Priuilegium per non vsum non amittitur.*
22 *Per non solutionem census nemo cadit iure suo.*
23 *Exemptus non potest renunciare priuilegio exemptionis sine consensu Romani Pontificis.*
24 *Iurans non alienare inconsulto Romano Pontifice, non potest compromittere.*
25 *Quasi possessio in incorporalibus non acquiritur sine scientia & patientia aduersarii.*
26 *Exemptus potest renunciare priuilegio suæ exemptionis quatenus illum principaliter tangit.*
27 *Præscriptio quadragenaria sufficit quoad ius exempti.*
28 *Quod ibi expenditur.*
29 *Et ibi.*
30 *Et ibi.*
31 *Et ibi.*
32 *Exemptus prorogare potest iurisdictionem ordinarii.*
33 *Et ibi.*
34 *Centenaria præscriptio requiritur contra monasterium exemptum propter ius connexum Ecclesiæ Romanæ.*

Christi nomine inuocato.

RESPONDIMVS non ita pridem Monasterium B. exemptũ nobis videri, à iurisdictione Illustr. D. Archiepiscopi S. multis sane euidentissimis argumentis: Nunc autem legimus allegationes in contrarium, quibus respondendum putauimus, vt officium nostrum in hac etiam parte non desideretur.

Primum igitur argumentum, quod ex dictis allegationibus colligitur, est contra Bullam Paschalis Secundi, quod sit valde defectuosa † quandoquidem non contineat annum datæ, nec subscriptionẽ S. Pontificis & Cardinalium & aliorum, quorum est munus, tales bullas subscribendi, & ideo non probet, *vt in c. cum à nobis. ad finem. de testibus. & ibi Glo.* Bisigniet. *decis.* 1. *de priuileg. in antiquiorib.* Item propter malam † latinitatem. *c. ex parte. de fide instru.* 1 2

Respondemus Bullam Paschalis esse in authentica forma, cum habeat sigillum authenticum. *c.* 1. *de fide instr. & ibi Glo. in ver. sigillum.* Talibus enim literis cum † authentico sigillo scribentis credendum est, 3 absq; aliis adminiculis in pertinentibus ad officium vt in hoc casu Dec. *in c. post cessionem. n.* 10. *de proba.* Maxime vero vbi scriptura † est Principis, quo casu sigillum habet vim subscriptionis & ei credendũ omnino est. Portius Imolen. *in cons.* 95. *n.* 15. Menoch. *cons.* 1. *num.* 332. Hippo. Riminal *cons.* 13. *num.* 135. 4

Et tex. allegatus *in c. cum a nobis. de testib.* potius pro sententia † nostra facit, cum expresse dicat, *salua in omnibus sedis Apostolicæ authoritate,* quasi propter authoritatem S. Pontificis, nullo alio opus sit in scripturis Pontificis. 5

Et licet Glo. *ibi* dicat priuilegia subscribi à Cardinalibus, id tamen vere non probat, per iura à se allegata, quæ alio tendunt Imo. Abb. Panor. *in d. c. cum a nobis.* testatur suo tempore in vsu non fuisse vt priuilegia à Cardinalibus subscriberentur.

Quod vero attinet ad decisionẽ Bisigneti *decis.* 1. *de priuilegiis. in antiquioribus.* nihil de hac re prorsus dicit, & putamus errorem esse in allegatione.

Secundum argumentũ est, quod dictæ literæ Paschalis non tribuant exemptionem Monasterio, sed in eis tantum Pontifex recipiat sub protectione sedis Apostolicæ villas B. & N. sub annuo censu, ex quibus † verbis exemptio non probatur. *c. recepimus. de priuilegiis. & ibi* Abbas *n.* 3 Dec. *num.* 3. *& alii, &c.* 6

Respõdemus eo tempore quo Paschalis II. literas prædictas concessit, nondum erectum fuisse monasterium, sed bona illa fuisse à comitibus Berengario & Conone oblata D. Petro pro erectione seu sustentatione Monasterii. Itaq; frustra laboratur ex aduerso ex dictis literis exemptionem Monasterii nõ probari, satis est enim id ex memoratis literis constare, quod villæ ipsæ & bona Monasterii ab ipso exordio

Deo

Deo & Beato Petro Apostolo, fuerunt oblata, à summo Pontifice recepta sub protectione, cum impositione annui census. Post hæc enim B. litera Calixti Secundi quibus Monasterium iam erectum confirmat, & ad indicium libertatis annui censis solutionem imponit: Quam rem cæteri deinde Pontifices ita acceperunt, vt Monasterium nullo mediante ad Romanam ecclesiam pertinere dicerent quemadmodum Innocentius IIII. Item quod specialius ad ius Romanæ ecclesiæ pertineret, vt in literis aliorum Pontificum. Donec literæ Calixti tertii superuenerunt anno 1454. qui expresse declarauit causæ cognitione adhibita, & ex certa scientia, Monasterium prædictum ab exordio suæ fundationis exemptum fuisse, & ipsam exemptionem confirmauit: Et pro pleniori cautelæ suffragio de nouo exemit, vt patet ex ipso priuilegio.

Tertium argumentum est contra Bullam Calixti II quod non contineat exemptionem, sed tantum in ea summus Pontifex confirmet regularem vitam à canonicis institutam, nec nõ ipsorum præpositum concedens eis liberam electionem præpositi & liberam aduocatiam Monasterii. Item præcipit possessiones Monasterii liberas conseruari, ex quibus non conceditur aliqua exemptio Monasterio, sed si qua tamen conceditur, refertur ad expressa in dicto Priuilegio.

Respondemus Calixtum secundum in suis literis multa ordinasse ac disposuisse Primo Monasterium confirmauit, & sub tuitione sedis Apostolicæ recepit. Secundo liberam canonicis facultatem dedit præpositum suis temporib. eligendi. Tertio aduocatiam eligendi & assumendi. Quarto, iussit possessiones & bona Monasterii liberas conseruari Quinto ad indicium eius perceptæ libertatis añuum censum indixit.

Ex eo igitur quod bona Monasterii libera sunt, & in signum libertatis ad solutionem sedi Apostolicæ annui census obnoxia, item ex eo quod potestas libera facta est canonicis eligendi præpositum & aduocatum Monasterii, & Monasterium ipsum sub tuitione sedis Apostolicæ receptum est: manifeste patet, Archiepiscopo iurisdictioné nõ cõpetere in Monasterium B. nec quo ad bona, nec quoad electioné præpositi, nec quo ad alia ibi expressa. Hoc autem argumentum esse exemptionis cõcessæ à iurisdictione ipsius Archiepiscopi, nemini dubium esse potest, nec enim tunc aliud erat sub protectione recipere Apostolicæ sedis, & talia priuilegia concedere, quam eximere ab ordinarii iurisdictione.

Ita hanc rem sequẽtes Potifices interpretati sunt, vnde Innocentius quartus eiusmodi priuilegia confirmans, asserit in initio suarum literarum, præpositum & ecclesiam B. ad ecclesiam Romanam nullo
7 mediante iure pertinere, quæ † verba exemptionem importare certum est *ex c. si Papa. de priuileg. lib. 6.* Philip. Dec. *in cons. 152 num. 2.*

Et Gregorius nonus similiter confirmans eiusmodi priuilegia asserit, ecclesiam ipsam B. specialius ad ius Romanæ ecclesiæ pertinere: quæ verba similiter exemptioné importãt *vt habetur in d. c. si Papa.*

Idem fusius & clarius explicauit in suis literis Calixtus tertius, dum se diligenter ac fideliter per Cardinalem Camerarium informatum attestatur, dictũ Monasterium B. ab initio suæ fundationis exemptũ fuisse à iurisdictione Archiepiscopi S.

Idem & ex vsu ipso seu obseruantia secuta comprobari potest. Nam Papa complura negocia ad Monasterium spectantia remisit diuersis personis, non aũt ordinario, quod optime declarat priuilegium exemptionis.

Nec his obstat quæ exceptionibus istis dicuntur huiusmodi literas datas fuisse, quãdo S. erat interregnũ, vel particulares discordiæ inter Archiepiscopũ S & præpositum B. Item quod cum tales literæ reperiantur penes Monasterium, id argumento sit, eas executioni mandatas non fuisse.

Quoniam respondemus negando literas Pontificias emanasse alicuius interregni aut discordiarum memoratarum tempore, & occasione, sunt. n. plurimæ literæ, nec vlla fere est commissio quæ concernat litem inter ecclesiam S. & præpositum B neq; id obstat quod literæ nunc reperiantur penes Monasteriũ quia hoc multis de causis accidere potuit. Primo etiam forte ob causam, quod licet originales ipsæ literæ productæ fuerint, nõ tamen relictæ fuerunt penes iudices & notarios, sic enim fieri plerunque solet, vt literæ producantur originales, & in actis registrentur, deinde producenti restituantur. Deinde plura forte exemplaria habuerunt, vel finita causa restitutæ fuerunt. Denique negari non potest, quin recursus ad sedem Apostolicam in ipsa prima instantia habitus fuerit à Monasterio, & quidem in causis diuersis, etiam nec occasione grauaminis ab Archiepiscopo illati, aut litis cum ipso verrentis, sed alias ob causas, quod certe vel factum nõ fuisset, vel ab Archiepiscopis tolleratur nisi monasterium exemptum fuisset.

Quartum argumentũ est cõtra Innocentii II. confirmationé, quod licet is nihil noui iuris cõcedat, sed tantum confirmet priuilegia ab aliis concessa, & sub protectione Monasterium recipiat: & ad hoc fuerit motus ex eo quod locus vbi fundatum est Monasterium, nempe B. specialiter ad ius Romanæ Ecclesiæ pertineat, non autẽ Monasterium ipsum: quod patet ex sequenti reseruatione, salua tamen iustitia Matricis ecclesiæ.

Respondemus, excipientes sibi non constare, prius enim dixerunt, per illa verba Paschalis & Calixti, sub protectione recipimus, non induci exemptioné ab ordinario, nunc vero fateri videntur, quod respectu loci videatur exemptio induci Item fatetur hoc in loco Pontificem Innocentium asserere, quod locus in quo Monasterium est fundatum, nempe B ad Romanam ecclesiam pertineat, & alibi contendunt locum esse subiectum Archiepiscopo & ad Archiepiscopi iurisdictionem pertinere. Ex his nobis ita licet argumentari: Si Monasterium est fundatum in loco exempto à iurisdictione ordinarii, & immediate pertinente ad Romanam ecclesiam, ergo & Monasterium est exemptum, & ad Romanam ecclesiam immediate pertinet. Quia monasterium tanquam superficies solo cedit. *§ cum in suo. inst. de rerum diuis.*

Confirmatur magis, quia locus in quo Monasterium est fundatum exemptus est à iurisdictione ordinarii, ergo est extra diœcesim ordinarii, & ideo in aliena nempe summi Pontificis diœcesi & ditione immediata, consequenter & Monasterium.

Quanquam probabile nobis videtur Innocentium II. in illis verbis, quorũ loca in religione fundata ad ius Romanæ Ecclesiæ specialius pertinere noscuntur, intelligere voluisse ipsam ecclesiam B. quæ scilicet in religione est fundata, ordinis S Augustini, quo stante sequitur ex iis verbis exemptionem probari *vt in c. si Papa. de priuileg. libr. 6.* ibi *siue ad ius & proprietatem Romanæ eccles.*

Porro illa reseruatio iustitiæ matricis ecclesiæ & quæ alibi in literis Pontificũ ea clausula continetur,

salua S. ecclesia canonica iustitia non repugnat exemptioni, quinimo illam euidentius demonstrat. Nam si ecclesia non esset exempta, quare illa reseruatio fieret? Nulla opus esset reseruatione, sed exemptione data tali reseruatione opus fuit, vt patet *ex cap. 1. de priuileg. lib. 6.* ibi, *saluis nihilominus casibus aliis, in quibus eos Episcoporum iurisdictioni subesse, canonica præcipiunt instituta.*

8 Quanquam & illa clausula adiici potuit ad conseruationem † iuris Archiepiscopatus respectu laicorum, qui erant in eo districtu, Petrus de Vbald. *in tract. de cano. episco. q. 6 princip.*

Quintum argumentum est contra priuilegium confirmationis Eugenii III. quod scilicet nihil noui iuris tribuat, & amplius contineat confirmationem sententiæ latæ ab Archiepiscopo S. cuius iurisdictionem præpositus B. protogauerat, cum alias nefas sit
9 exemptis † iurisdictionem ordinarii vel inferioris à Papa protogare *vt in cap. cum tempore. de arbitris.* Quinimo sub cōminatione excommunicationis fuit causa
10 terminata, cum alias ab ordinario non possit † in exemptum sententia excommunicationis ferri *cap. cum Episcopus. de offi. ord. lib. 6.* ex quo capite huiusmodi sententia non solum esset dicenda iniusta, sed etiam nulla, si Monasterium esset exemptum, & cum aliá Monasteria in ditione S. posita Archiepiscopo subsint veluti B. C. sancti Z. dicendum est Pontifices per hæc priuilegia voluisse potius declarare, hanc congregationem canonicorum regularium in B. esse distinctam ab aliis, quam eximere ab ordinarii iurisdictione.

Respondemus in primis satis nobis esse quod Eugenii priuilegium confirmet alia priuilegia. Quod vero seu laudum sententiá ab Archiepiscopo latam confirmet, id potius arguit Archiepiscopum iurisdictionem non habuisse, quam econtra. Nam si ordinarius iudex fuisset, suo iure facultatem iudicandi habuisset & consequenter eius sententia confirmatione summi Pontificis non indiguisset.

Præterea excipientes fatentur, præpositum iurisdictionem Archiepiscopi prorogasse, at si fuisset ordinarius, prorogatione opus non fuisset, *leg. 1. & l. 2. in prin. ff. de iudiciis. c. significasti ext. de foro compeient*

Quod vero dicunt nefas esse exemptis iurisdictionem ordinarii prorogare *ex c. cum tempore. de arbitris.* repugnat ipsi textui quem citant. Nam per compro-
11 missum protogari potest † iurisdictio ab exempto exceptis capitulis quæ contra libertatem sunt Ita. n. inquit ille tex. *Quia legitime constitit quod fide hinc inde data compromissum est in Archiepiscopum memoratum, nos arbitrium ab ipso prolatum decernimus obseruandum, illis duntaxat capitulis exceptis, quæ contra libertatem ipsius Monasterii & duarum capellarum eiusdem in arbitrio sunt expressa &c.*

Sed illud compromissum non fuit super libertate & exemptione monasterii, sed super aliis longe diuersis cōtrouersiis, quæ erant inter B. & B. monasterium merito compromitti potuit, & laudum à Pontifice confirmatum fuit.

Quod vero dicitur alia quædam Monasteria in ditione S. veluti B. C. & sancti Z. reperiri, quæ tamen Archiepiscopo subsint, transeat, quia illa nō habent exemptionis priuilegium, vti habet Monasterium B.

Quod postremo dicitur Pontifices voluisse tantū per illa priuilegia declarare, quod Monasterium B. [illegible] ab aliis distinctum, repugnat ipsis literis priuilegiorum [illegible] quibus de hac re nihil dicitur, sed tantum cōfirmatur concordia seu laudum aut compositio ab Archiepiscopo facta, inter Monasterium B. & Monasterium B. Quod vero sint distincta, vel non nihil Pontifices dicunt. Et cōfirmatio dicti laudi [illegible] in literis obiter. & postquam ipsi Pontifices priuilegium exemptionis & alia indulta ipsi Monasterio concessissent, vt patet ex ipsis literis Pontificum [illegible] tum abest, vt nihil aliud declarare voluerint, quam Monasterium esse distinctum, & non vnitum illis Monasteriis prædictis.

Sextum argumentū est contra priuilegium Adriani IIII. quod scilicet aliud non contineat quā confirmationem aliorum priuilegiorum, & ideo obstare illæ exceptiones quæ aliis similib. oppositæ sunt.

Respondemus id nobis sufficere, quod Adrianus IIII. confirmat alia priuilegia, neq; enim aliud ex eo prętendimus.

Ad exceptiones vero contra alia similia priuilegia allatas respondemus, vt ad eas responsum est.

Septimum argumentum est contra priuilegium Gregorii IX quod scilicet nihil noui iuris tribuat sed tantum sit confirmatorium.

Respondemus Gregorium ita confirmare cæterorum priuilegia, vt & confirmatio valeat, & nihil contra eam obiici possit.

Et præterea in ea confirmatione Ita dicit Gregorius. *Petitionibus illorum ampliori charitate nos oportet intendere, quorum loca in religione fundata ad ius sanctæ Romana ecclesia specialius pertinere noscuntur. Ea propter præfatum Monasterium ad exemplar prædecessorum nostrorum, felicis record. Paschalis, Calixti, Innocentii II. Eugenii, Adriani, Innocentii III. Romanorum Pontificum sub beati Petri & nostra protectione suscipimus, & præsentis scripti priuilegio communimus, &c.* Quibus verbis vt superius deductum est argumentum sumitur pro exemptione.

Octauum argumentum est contra priuilegium Innocentii IIII. quod sit confirmatorium, & datum ad instantiam partis, & ideo verificanda sint [illegible] narrata: item quod sit per subreptionē impetratum, & quod nihil probent illa verba narratiua; ad Romanam ecclesiam nullo medio pertinentis.

Respondemus, negando aliquam fuisse subreptionem seu falsam narrationem. Illa autem verba *ad Romanam ecclesiam nullo medio pertinentis*, probant exemptionem † *vt patet ex cap. si Papa. de priuileg. lib. 6.* [illegible] 12
illis verbis Si autem ecclesiæ vel Monasterio exemptionis priuilegium concedendo, vel super ipsius exemptione sententiando, cum de ipsius exemptionis negocio ageretur, asserat ipsam ecclesiam [illegible] exemptam, aut eam iuris Beati Petri existere. Seu ad ius & proprietatem Romanæ ecclesiæ, vel ad Romanam ecclesiam specialiter aut sine medio vel [illegible] simpliciter pertinere, per hoc debet plene exempta huiusmodi ecclesia iudicari, &c.

Sed in dictis literis Innocentii, agebatur de negocio exemptionis, nempe de confirmandis Monasterii priuilegiis, ergo illa verba probant exemptionem.

Huc accedat quod huiusmodi verba etiam narratiua in aliquo priuilegio vel scriptura non facta principaliter super exemptione licet non probent plene exemptionem, præsumptionem tamen inducunt, 13
vt notant Geminianus *in dict. cap. si Papa. colum. 2. vers. sed quæritur.* & ibidem Francus *col. 2. vers. in eadem* [illegible] *in fine.*

Et quando gratia fundatur super verbis narratiuis, vt videtur in literis Innocentii fundari, tunc exemptionē probant, vt docet Glo. *in d. c. si Papa. in vers. asserat.* & ibi sequuntur Gemin. Anchar. Franc. *& alii.* 14

Nonnulli

Nonum argumentũ est contra priuilegium Greg. XI. & Nicolai V. quod videlicet nil aliud contineant, præter confirmationem, & ideo eisdem modis eliduntur quibus cætera. Et prætereà quod idem Nicolaus V. cõmiserit causam Episc. S. quatenus verificatis narratis per Archiepiscopũ S. conferret in illum omnimodam facultatem conferendi præposituram B. qui quidem Episcopus S. causa cognita, eam potestatem contulit Archiepiscopo.

Et rursus idem Nicolaus V. laudum confirmauit Episcopi S. vbi de iuramento & obedientia præstanda à præposito & Monasterio B. Archiepiscopis S. pro tempore existentibus agitur.

Respondemus, quod literæ Gregorii & Nicolai aliud non contineant, quam confirmationem priuilegiorum ab aliis concessorum Monasterio, id non obstare, quia nec aliud ex eis literis deducitur, quam confirmatio priuilegiorum.

Ad exceptiones vero quæ aduersus aliud id genus literas confirmatorias allatæ sunt easdem responsiones & replicationes applicamus, quas aliis in locis accommodauimus.

Quæ vero subiiciuntur de cõmissione causæ facta Episcopo S. & de eius sententia, iam à nobis confutata sunt, in exceptionibus contra iura S. quæ sunt in actis exhibitæ pro parte præpositi B. vbi demonstrauimus, illam commissionem & sententiam nullius esse momenti, ex defectu citationis partis: Item ex vitio subreptionis & obreptionis.

Item effectum nõ habuisse, quia nunquã Archiepiscopi S. præposituram contulerunt, sed semper electio præpositi libera fuit penes capitulum canonicorum iuxta priuilegia sedis Apostolicæ à multis fere Pontificibus confirmata incipiendo à Calixto II. Innocentio II. & IV. Eugenio III. Adriano, ipsoque Nicolao V. & cæteris deinceps, vsque ad Sixtum IV.

Item diximus, hic esse controuersiam, an Monasterium sit exemptum à iurisdictione Archiepiscopi, an vero illi subiectũ, literas aũt Nicolai pertinere ad ius canonicorum eligendi præpositum. quod quidem ius eligendi præpositum, nec ipse Archiepiscopus tam prętendit, sed in vniuersum iurisdictionem se habere contendit, nec etiam prætendere potest dictum ius eligendi præpositum, quoniam ẽt post literas Nicolai V. semper electio præpositorum penes canonicos fuit: & sic dato, quod aliquod ius haberet, præscriptione tamẽ immemorabili exclusus esse diceretur.

Et denique ibi deduximus hęc omnia cessare, quę de Nicolao V. & Episcopo S. afferuntur, quia post has literæ adsunt Calixti III. expresse eximentis monasterium ab omni iurisdictione Archiepiscopi.

Porro & ad assertam illam confirmationem laudi respondimus in eisdem exceptionibus, in quibus palam fecimus eam temporalitates respicere, non autem spiritualem & ecclesiasticam iurisdictionem, de qua in præsenti contendit.

Decimum argumentum est cõtra Transumptum Calixti III. quod videlicet fidem non mereatur, sed quoniam originale ipsum est in actis productum in publica & authentica forma, non insistemus in iis quæ pertinent ad fidem transumpti, sed ad alia argumenta transibimus.

Vndecimũ igitur argumentum est, contra idem priuilegium Calixti III. quod scilicet ei obstet exceptio subreptionis & obreptionis.

Primo dum in eo narratur dictum Monasterium à primæua sua fundatione fuisse exemptum, quod est falsum, vt apparet ex priuilegiis summorum Pontificum, in quibus nihil de exemptione dicitur.

Secundo, dum narratur quod tale Monasterium fuerit fundatũ ex redditib. imperii. quod est falsum, quia fundatum fuit ex bonis allodialibus Comitum Berengarii & Cononis.

Tertio, dum narratur quod priuilegia Apostolica cõcessa initio fundationis fuerint deperdita: quod est falsum, cum penes Monasterium existant.

Quarto, dum narratur quod tale Monasterium fuerit redactum sub iurisdictione Archiepiscopi S. tempore Pelegrini Archiepiscopi, cum longe ante Archiepiscopi iurisdictionalia exercuerint in ipsum Monasterium.

Quinto, dum narratur quod bella multa & tribulationes tale Monasterium fuerit perpessum, pro tuenda huiusmodi libertate: quod est falsum, nam fuit semper protectum ab Archiepiscopis.

Sexto, quia pignoratio facta fuit per Petrum Penzenaut propter beneficia ab Archiepiscopis accepta, & sic transiuit in contractum, cui non fuit derogatum.

Respondemus hæc nãrrata vera esse. Nam quod Monasterium à primæua sua fundatione fuerit exemptum patet ex literis Calixti II. & aliorũ Pontificum, quib. Monasterium sub protectione sedis Apostolicæ recipitur: & ad indiciũ pceptæ libertatis anui census solutio ei iniungitur. Etsi enim hæc ex iure nouissimo non ita clare exemptionem continere, & tribuere videantur, tamen olim secus erat, ita enim hoc accipiebatur ac si exemptionis priuilegium concederetur, & ita hæc priuilegia posteriores Pontifices ante Calixtum III. & ipse quoque Calixtus III. accepisse noscuntur. Siquidem ex hoc aliqui dixerunt Monasterium nullo mediante ad sedem Apostolicam pertinere, vt Innocen IV. aliqui ad ius Romanæ ecclesiæ specialius pertinere vt Gregor. IX. & aliqui alii Alii fuisse exemptum, vt Calixtus III. & ita etiam declarauit obseruantia secuta, siquidem in occurrentib. negotiis per Præpositũ & Monasterium recursus habebatur in ipsa prima instantia ad summos Pontifices, ex quibus etiam plurimæ commissiones emanarunt, in prima instantia, quare frustra obiicitur illa subreptionis exceptio.

Quod vero Monasteriũ fuerit fundatum ex redditib. imperii, si nõ ab ipso principio quando scilicet Allodialia bona Deo & diuo Petro pro erectione Monasterii obtulerunt Berengarius & frater, saltem paulo post, probatur ex multis donationibus bonorum, & iurium ab imperatoribus in ipsum Monasterium collatis, quæ etiam in processu producta fuere.

Nec probatur pars aduersa, quod priuilegia perdita non fuerint, eo tempore quo Calixtus III. priuilegium concessit, etsi enim iam reperiantur penes Monasterium aliqua priuilegia, non tamen sequitur ea semper apud Monasterium fuisse, siquidem nuperrime reperta fuere ex ruderibus ædificii ipsius Monasterii.

Nec illa causa Pontificem Calixtum mouit ad priuilegium concedendum, sed alia causa nempe quod diligenti inquisitione facta per Cardinalem Camerarium, cui data erat commissio, repertum est ex registris & scripturis cameræ apostolicæ Monasterium exemptum fuisse, & cameræ Apostolicæ censualem *facit textus in c. ad audientiam. ext. de præscriptio.*

Huc

Hucaccedat quod ex literis Calixti manifeste cōstat, eum voluisse de nouo eximere dictum Monasterium, etiam dato quod à principio non fuisset exemptum, ait enim, & pro potioris cautelæ suffragio de nouo eximimus & liberamus, quibus verbis demonstrat, se illud eximere voluisse, siue olim exemptum fuisset, siue non. Quare frustra pars aduersa in hac parte laborare conspicitur.

Quod vero obiicitur contra quarto loco narrata, facile reiicitur: quia nec illa narratio mouit S. Pontificem, & non probatur id, quod asseritur ex aduerso, nempe antiquioribus temporibus Monasterium subiectum fuisse Archiepiscopis, nisi forte respectu aliquorū bonorum feudalium aliqua subiectio probaretur, vt alias responsum à nobis fuit in exceptionibus contra iura S.

Quod autem quinto loco opponitur falsum esse quod Monasterium passum fuerit multas tribulationes & bella, quia fuerit protectum ab Archiepiscopis, nihil obstat, quia quod fuerit perpessum multas tribulationes & bella, patet ex historiis, & ex deductis in processu. Et non fuit protectum, sed oppressum sæpissime ab Archiepiscopis S.

Quod deniq; postremo loco obiicitur de pignoratione facta tempore Penzenaur nihil commune habet cum exemptionis causa, & respicit temporalitates seu bona temporalia Nec in eo se fundauit S. Pontifex Calixtus.

Duodecimum argumentū est cōtra easdē literas Calixti III. quod nempe Monasterio non suffragentur ex eo, quod S. Pontifex priuilegium concesserit, ea ratione motus, quod imperatoris petitio fuerit iusta, & quod propter census solutionem tale Monasterium præsumatur exemptum fuisse. Petitio autem fuit surreptitia, & per solutionem census non probatur exemptio.

Respondemus negando petitionem fuisse surreptitiam, id nunquam probauit pars aduersa neque probare potest. Nec ex eo tantum quod census solutio facta fuerit, exemptum fuisse Monasterium S. Pontifex Calixtus iudicauit, sed vt habetur in ipsius literis ex relatione Cardinalis Camerarii, cognouit Monasterium ab initio suæ fundationis exemptum fuisse, & cameræ Apostolicæ censualem. Ita dicunt literæ Calixti, & omnia sunt verissima, vt alias demonstratum fuit.

Et cū Calixtus de nouo exemerit ipsum Monasteriū siue fuerit exemptum à principio siue nō (hoc.n. importat illa clausula, *& pro potioris cautela suffragio de nouo eximimus & liberamus*) manifeste constat argumentum nil valere contra dictas literas Calixti.

Decimum tertium argumentum est contra easdem literas Calixti III. causam perpendendo ex qua Papa videtur concessisse tale priuilegium, nempe propter pacem & quietem, in qua Imp. conseruari desiderabat Monasterium prædictum cum Archiepiscopis S. cum tam constet iurgia & lites fuisse cum Archiepiscopis vsq; ad annum 1458. quo Imp. confirmauit laudum Episcopi S.

Respondemus ex hoc argumento nil concludi posse contra literas Calixti III. quin valere debeant & exemptionem contineant, etsi enim ad exemptionis priuilegium concedendúm ea ratione motus fuerit quod cuperet pacē & cōcordiam esse, quæ tamē postea nō fuit, desiderio potius suo frustratus est, quam effectu exemptionis & priuilegii. Nec fuerunt discordiæ & lites occasione exemptionis, sed alias ob causas. Nec post assertam laudi confirmationem cessarunt, imo iam sunt maximæ & vigentes, & fuerunt olim, sed contra ipsa Pontificis decreta, qui concessit exemptionis priuilegium Monasterio, quod perperam impugnare conatur Archiepiscopus.

Decimum quartum argumentum est contra easdem literas Calixti III. ex eo quod causa, ob quam Pontifex motus fuerit ad cōcedendum priuilegium, falsa fuerit.

Cum vero illa fuisse videtur, quod Monasterium exemptum fuisset, quod † cum falsum sit, merito priuilegium corruit ex trad. per Innoc. *in ca. inter dilectos numer. 3. ad fi. de fide instr.* & ibi Hostien *col. fi.* Io. And. *col. 6.* Anton. Butr. *ante finem colum. 2.* Cardin. *ad finem.* Abbas *num. 8 & 9.* Felin. *num. 6. & 7.* Cardin. *cons. 18. num. 4. ad finem.* Bossi. *in pract. crim. in tit. de Principe. nu. 358.* Et præsertim cum dicat se confirmare, & de nouo eximere, ex quo magis ostendit se fundare in antiquis quatenus exemerint. Cardinal. *in dict. cap. inter dilectos. versic. quasi a maius robur* Bossi. *vbi supra*. Dec. *in cons. 541. n. 10 vers. primo quia.* 15

Respondemus primo causam illam falsam non fuisse, quia Monasterium exemptū fuit ab antiquo, vt iam supra deductum est, & ideo frustra doctores allegari in argumento.

Sed & ex abundanti dicimus, quod etsi nō fuisset exemptum, ab antiquis temporibus, ex literis tamen Calixti exemptionē consecutū fuisset, quia Calixtus duo facit. Primo confirmat exemptionem si quam habuit dictum monasterium, & quatenus illam non habuerit pro potioris cautelæ suffragio de nouo illam tribuit & concedit dicto monasterio.

Neq; his obstant authoritates allegatæ, imo suffragantur sententiæ dictæ: sic enim ait Innocentius *in dict. cap. inter dilectos.* Si autem non appareret falsitas in † primo priuilegio, nec ei imperator niteretur, sed 16
diceret imperator. concedimus, & confirmamus, nō quæreretur, quæ sunt confirmata, & quæ concessi, quia in quibus non valet confirmatio, valet per consequens concessio, quasi dicat imperator in omnem euentum volumus ecclesiam habere, siue vt donatione, siue vt confirmationem, nisi per obreptionem obtineretur, &c.

Eadem fere sunt verba Ioannis Andreæ *ibidem col. 4. vers. si autem in primo originali priuilegio.*

Idem eisdem verbis docet Ant. But. *eodem in loco sub n. 15. vers. in a'ia parte.*

Cardinalis autem Zabarella nihil dicit quod repugnet supradictis, sic n. ait in loco citato. Si autem essemus in dubio: dic quod illa verba, *donamus & confirmamus*, videtur intelligenda vnum secundum reliquum: & sic si prius ponitur, donamus, diceretur donare tantū: si prius, cōfirmamus, diceretur confirmare tantū, & hoc videtur posse [illegible] de subtilitate.

De veritate tamen iuris dic quod quando fit relatio ad aliam donationem, vt hic, verbum donamus stat improprie, quasi ad quoddam maius robur &c. Hactenus ille.

Quid autem si donatio non valuerit, & imperator dicat, confirmamus, & donamus, vtrum si non valet vt cōfirmatio, valeat saltem, vt noua donatio, nihil dicit Zabarella, ita vt frustra in hoc proposito allegetur.

Abbas vero Panorm *in dict. cap. inter dilectos. numero 8.* refert verba Innocentii, & illum sequitur per omnia.

Felin. autem *in commentariis eiusdem loci numer. 6.* ita loquitur. Nec obstat *c. quoties. supra de pactis. & c. 1. supr. de transla.*

de transla. vbi confirmatio operatur supplementum defectus, existentis in confirmato, quia intelligitur quando superior intendit supplere & aliquid agere, vltra confirmatum, sed vbi simpliciter innititur primę concessioni, & illa reperitur falsa, nihil prodest confirmatio, nisi vteretur verbis nouum ius conferentibus (& hic est casus noster) puta talia & talia tibi concedimus & cõfirmamus. Vel si tenuit vel non tenuit de nouo damus, vt elegãter declarant hic Inno. Io. And. Card. & Anto. Hactenus ille.

Ex quibus patet in eam sententiam omnes conuenire: quod si Princeps non solum confirmet, sed etiam de nouo concedat, non est quęrendum, an id quod confirmatur valuerit, quia si non valet, vt confirmatio, valet vt noua concessio.

Et hic est casus noster, quia Calixtus non solum confirmauit priuilegium exemptionis, sed pro potioris cautelæ suffragio de nouo exemit. Et sic aliquid vltra confirmationem tribuere voluit, vt patet. Quare siue prius Monasterium fuerit exemptum siue non, tunc à Calixto fuit exemptum & propterea non est inquirendum de priuilegio exemptionis ab initio, etsi enim non extaret, de nouo tamen exemptum fuit à Calixto.

Et ex his etiam apparet male intellexisse allegatos doctores Ægidium Bossium *in tit. de Principe. num.* 358. dum ait eos locutos fuisse quando Princeps, dixit,
17 siue † tenuerit siue nõ tenuerit priuilegium: alias dicendo confirmamus, & quatenus expediat de nouo concedimus, non censetur aliquid tribuere nisi priuilegium quod confirmat fuerit validum.

Fallitur Bossius, quia loquuntur doctores etiam quando Princeps dicit, cõfirmamus, & concedimus, hoc enim casu manifeste patet Principem aliquid vltra confirmationem concessisse, & ideo doctores citati dicunt, si non valet, vt confirmatio, quia scilicet priuilegium non fuerit validum, valet, vt noua concessio.

Et in specie nostra res est longe clarior, quia expresse Papa dixit, de nouo eximimus, pro potioris cautelæ suffragio: quasi dicat, etiamsi non fuisset exemptum à principio, tamen ad maiorem cautelam illud de nouo eximimus. Existimauit quidẽ Summus Pontifex Monasterium exemptum fuisse ex relatione Cardinalis camerarii, sed tamen etsi non esset exemptum, voluit illud de nouo eximere & liberare. Frustra ergo disputatur an fuerit prius exemptum nec ne, cum noua exemptio ei tribuatur à Calixto.

Non obstant tradita per Decium *in allegato cons.* 541. *n.* 20. *vers. primo quia.* quia loquitur Decius, quando confirmatio fuit à Pontifice petita pro substantia firmiori, ex quo vt ipse argumentatur præsuppositum erat Pontifici, donationem per se validam esse & firmam, vnde si non erat valida confirmatio fuit nulla, tanquam subreptitia.

Nec loquitur Deci. quando Papa non solum confirmauit, sed etiam de nouo concessit, vt in casu nostro, sed loquitur de nuda & simplici confirmatione, vt videri potest apud eum, quare non obstant concessioni nostræ.

Decimum quintum argumentum est contra easdem literas Calixti, Princeps non potest derogare priuilegio seu concessioni iam factæ quæ transiuit in cõtractum, nisi cum causa quæ tendat in vtilitatem publicam *l. quęcunque. ad fin. C. de fide instr. & iure hasta fisca. lib.* 10. *cum aliis allegatis.*

Ergo stante laudo anni 1449. confirmato per Nicolaum V. vt ratione bonorum suorum canonici prædicti, debeant esse fideles Archiepiscopo, non poterat Calixtus eximere bona prædicta in suo priuilegio.

Respondemus, hic quæstionem esse an præpositus & Monasterium Archiepiscopo subsint quoad ecclesiasticam, & spiritualem iurisdictionem, an vero sint exemptum, & immediate subiectum Romano Pontifici. Hæc est cõtrouersia vigens, quam optime decidit Calixtus III. in suis literis quibus expresse illud eximit.

Quæ vero dicuntur de laudo cõfirmato pertinent ad bona temporalia, quorũ ratione homagium præstitum est & fidelitas Archiepiscopo, tanquã directo domino, de quib. auferendis ipsi Archiepiscopo iam non agitur. Neq; enim si quæ bona habet Monasterium in feudum ab Archiepiscopo iam contendit ex literis Calixti, ea esse allodialia & libera, sed illud contendit, vt Archiepiscopum non agnoscat in iudicem ac superiorem immediatum, de qua re nullum verbum in asserto laudo, & in asserta confirmatione Nicolai V. Quod enim Nicolaus V. postea concessisse dicitur Archiepiscopis circa Præpositurã & de commissione data Episcopo S & eius sententia seu declaratione, ad rem nostram non pertinere, à nobis demonstratum est in exceptionibus contra iura S. & supra etiam tactum fuit.

XVI. Argumentum est contra hoc idem priuilegium Calixti, quod scilicet † nõ præsumantur fuisse 19
in vsu vel notificatum parti, nisi probetur ex traditis per Nauarrum *in cons.* 1. *tit. de præscriptione. n.* 2. & ideo effectum non habuerint sicuti dicitur de statuto vsu non recepto *in c.* 1. *de Treuga & pace.* & alibi per doct. citatos in argumento, & quod probari debeat priuilegium fuisse acceptatũ à preposito, cum ad eius instantiam non fuerit concessum, nec motu proprio.

Respondemus, primo eum qui negat priuilegium vsu receptum non fuisse id † probare debere, cum in 20
tali negatiua consistat fundamentum eius ex doctr. Bartol. *in leg. in illa. colum.* 2. *de verb. obl.* ita in proposito statuti respondit Deci. *in consil.* 649. *n.* 9. Curtius iun. *in cons.* 129. *n.* 12. Hoc autem non probauit pars aduersa.

Secundo, id quod dicitur priuilegium in vsu non fuisse nihil obstare potest, dato etiam quod de vsu non constaret. Nam per non † vsum non amittitur 21
priuilegium nisi probetur quod venerit occasio vtendi, & is qui illud habet eo non fuerit vsus, vt late declarat Iason. *in leg. fi. numer.* 53. *ff. de constit. princ.* Felin. *in cap. cum accessissent. numer.* 25. *de constit. vers. Hanc regulam limita primo.* Et est communis opinio Bellon. *in consilio* 1. *num.* 11. Laurentius Kirchouius *comm. opin. cent.* 3. *concl.* 90. Hæc autem aduersa pars nunquam probauit: ergo &c.

Tertio ex deductis in processu constat in vsu fuisse dictum priuilegium, quia præpositus B. semper se vt exemptum gessit, tum in synodalibus actibus, tum in omnibus aliis negociis, vt late demonstratum est ex productis in actis.

Ex quo etiam patet priuilegium acceptatũ fuisse à præposito & canonicis, præsertim etiam ex eo quod illud penes se retinuerint & transumi curauerunt, paulo post quam obtentum fuit. Acceptatio enim etiam facto declaratur, *leg. Paulus. ff. rem ratam haberi.*

XVII. Argumentum contra idem priuilegium Calixti, quod ex eo probetur effectum non habuisse, quia datum fuit ad terminandas lites, vt ibi

Papa

Papa narrat, quę tum terminatæ non fuerunt vsque ad annum 1458. quo imperator confirmauit laudum.

Respondemus, lites fuisse terminatas quæ ad negocium exemptionis pertinebant, alias vero lites nihil cōmune cum exemptionis negocio habuisse, & ad illas Pontificem respexisse.

Deinde non est bona consequentia Argumenti, etsi enim lites terminatæ non fuissent, non tamen sequitur priuilegiū effectum non habuisse, quia potuit de facto controuersia fieri Monasterio cōtra expressa priuilegia sedis Apostolicæ, prout nunc de facto mouentur & fiunt, quas quidem controuersias non potest summus Pontifex impedire, nec id in animo habuisse putandus est Calixtus, sed ad ius respexit, ne scilicet stante priuilegio, exemptionis iure possent Archiepiscopū sibi vendicare, & vsurpare iurisdictionem in præpositum & Monasterium, & illud sibi applicare, vti antea conati sunt.

XVIII. Argumentum est contra dictum priuilegium Calixti quod nō habuerit effectum, quia posito præsenti statu Monasterii, quo scilicet subiectum apparet Archiepiscopo, (ita enim voluit dicere aduersa pars) & tempore posito ante priuilegium Calixti, quo similiter Monasterium Archiepiscopo subiectum erat, præsumuntur media. Id est præsumitur medio quoq; tempore subiectum fuisse post scilicet obtentum priuilegium.

Respondemus, vno verbo negando vtrumq; illud extremum, ex quo medium infertur, neq; enim verum est, quod iam Monasterium sit subiectū Archiepiscopo, vel quod fuerit subiectum ante priuilegium Calixti. Vtrūq; negamus, & pernegamus, erat enim ab initio suæ fundationis exemptum, & ea semper exemptione gauisum est, & iam etiam gaudet, licet perperam contendat Archiepiscopus sibi iurisdictionem vendicare contra expressa priuilegia sedis Apostolicæ.

XIX. Argumentum est contra idem priuilegium Calixti quod non fuerit in vsu, nec habuerit effectū & contra ipsum fuerit præscriptum, ex eo quod de solutione census Cameræ Apostolicæ facta non apparet ab anno 1419. vsq; ad hæc tempora.

Respondemus, aduersarium hic excipere de iure tertii quod ad ipsum nō spectat, vnde ei obstat quod I.C. ait *in l. his consequenter. §. 1. ff. fam. hercisc.* Deinde
22 per non solutionem † census non cadit censuarius à iure suo, etiamsi per mille annos non soluerit, sed potest duntaxat ad soluendum cogi *cap. constitutus, & ibi Glo. in vers. ratam. de religio. domib.* Io. Imolen. *in c. ad audientiam. num. 4 de reb. eccl. non alie.* Iason. *in l. 2. numer. 41. C. de iure emphy.* Socin. senior. *in cons. 167. numer. 6. lib. 2.* Ruin *in cons. 160. nu. 6. lib. 1.* Cassaneus *in consuet. Burgundiæ rub. 11. §. 5.*

Et præsertim vbi is cui soluendum est non declarat, se velle eū cadere à iure suo, vt videm⁹ in emphyteuta, qui non soluendo canonem à iure suo non cadit, nisi volente domino, vt habetur fuse *decis.* 28. Rotæ Romanæ *in 2. parte decisionum nouissimarum.*

XX. Argumentum est contra quandam propositionem & conclusionem, qua sæpe vsi sumus in fauorem præpositi, quod nempe cum fuerit exemptus
23 non potuerit † exemptionis priuilegio renunciare sine licentia Romani Pontificis, vt dicit tex. *in ca. cum tempore. de arbitris.* Contra hoc sic instat pars aduersa, quod scilicet id locū habeat ratione iuramenti quod præstant exempti sedi Apostolicæ in sua confirmatione, vt tradit Roman. *in cons. 369. col. 4. vers. primo cum dicatur Monasterium.* Cum itaque nunquam præstiterit præpositus tale iuramentum, sequitur eius nullam rationem habendam esse, & sic potuisse renunciare: Ita putamus dicere velle aduersarium.

Respondemus, Ludouicum Romanum id non dicere ad quod allegatur, quod nempe exempti renūciare non possint exemptionis priuilegio, ratione iuramenti pręstiti, quasi cessante tali iuramento renunciare possint. Sed Romanus dicit, quod propter huiusmodi iuramentum compromittere non possunt exempti Romano Pontifice inconsulto, ne contingat per viam arbitrii alienationem fieri.

Verba Romani sunt ista, Primum quia cum dicatur Monasterium ipsum S. Antonii compromittentis exemptum, & Romanæ sedi immediate subiectū, consequens est, vt sine consensu Romanæ sedis non potuerit compromittere, in ipsius Monasterii præiudicium. Hoc est, quod expresse norat Hostien. *in nouella. de arbitris. capit. cum tempore. super verbo, licentiam.* dicens iurantem † non alienare Romano 24
Pontifice inconsulto prout communiter iurant exempti, non posse compromittere pariter eo inconsulto, ne per viam arbitrii cōtingat alienationem fieri: Hactenus Romanus. Qui non dicit aliquid de exempto renūciante suo priuilegio, quod scilicet propter iuramentum renunciare non possit, & quod cessante iuramento renunciare posset, vt in argumento infertur. Quare nihil obstat huiusmodi argumentum.

XXI. Argumentum eo tendit, vt demonstretur Archiepiscopum exercere potuisse actus iurisdictionales in Monasterium & præpositum, non obstante priuilegio, quandoquidem illi non fuerit intimatum, & ipse intentionem habeat fundatam, cum sit ordinarius.

Respondemus hoc argumentum nihil facere ad causam, quia nos hæc duo vera esse in iure ostendimus.

Primum, quod præpositus & Monasterium præiudicare non potuerint priuilegio suæ exemptionis absque consensu sedis Apostolicæ *vt in dict. cap. cum tempore de arbi.* ad eum finem, vt si consensit in aliquo actu in iurisdictionem Archiepiscopi, puta in confirmatione propositi, non propterea dicatur exemptioni suæ præiudicasse, quandoquidem non potest absque licentia Romani Pontificis, vt ibi tex. ait.

Secundum, quod per quemcunq; iurisdictionis actum clam Romano Pontifice gestum ab Archiepiscopo acquirere is iurisdictiones quasi possessionē non potuerit, quoniam in huiusmodi iuribus incorporalibus prout est iurisdictio, non acquiritur † pos- 25
sessio seu quasi sine scientia & patientia aduersarii, qui scilicet lædi potest, vti in casu nostro est summus Pontifex *c. cum olim propter. de priuileg.* ibi, *ne in nos Monasterii læsio redundaret.* late Couar. *ad reg. poss. ff. r mala fidei. in 2. parte relectionis. in initio. n. 8.*

Argumentum vero eo tendit, vt probet gesta per Archiepiscopum valere, quia priuilegium nō fuerit illi intimatum.

Vnde negamus in primis priuilegium non fuisse intimatum, deinde dicimus, nobis satis esse, quod per eiusmodi gesta non acquisierit nec iurisdictionem nec iurisdictionis possessionem, vel quasi.

XXII. Argumentum eo tendit, vt demonstretur præpositum B. potuisse renunciare ac præiudicare priuilegio suæ exemptionis, quatenus † illum par- 26

ticula-

ticulariter tangebat ex traditis per Felin. *in ca. cum accessissent. n. 28. de constitu.*

Respondemus Felin. eo in loco nihil aliud dicere nisi quod quando superior aliquid sibi reseruauit, tunc priuilegiatus renunciare priuilegio non possit, nisi quatenus particulariter eum tangit per tex. *in cap. cum tempore. de arbitriis.* Sed ille textus non ita dicit: sed simpliciter & absolute dicit exemptum renunciare non posse priuilegio suæ exemptionis sine licentia Romani Pontificis. Nam vt Panormitanus ibi declarat ius exemptionis & ius subiectionis ita sunt connexa inter exemptum & Papam, & ita vnita vt commode separari nequeant, nec vni præiudicari possit, quin alteri etiam præiudicetur. Si n. Præpositus immediate Archiep. subsit, iam non immediate suberit Romano Pontifici, atq; ita impossibile est considerare particulare præiudicium exempti, absq; præiudicio Rom. Pontificis, quare illa doctrina allegata iure non probatur, & textui & rationi repugnat, vt patet.

XXIII. Argumentum eo tendit, vt probetur, supposito non vsu dicti priuilegii Calixti tertii præscriptionem cētum & amplius annorum cucurrisse hoc in casu in fauorem Archiepiscoporum etiam contra Romanam ecclesiam, atq; hic laborat aduersarius in hoc probando quod nec scientia Pontificum Romanorum requireretur.

Respondemus illam suppositionem non esse admittendam quod scilicet priuilegium non fuerit in vsu, & ideo totum argumentū ea destructa corruere.

Item negamus vllam iurisdictionem Archiepisc. exercuisse contra Præpositum & Monasterium circa iura ecclesiastica & spiritualia, maxime per spatium centum annorum & bona fide prout requiritur in Præscriptione, *iuxta ca. fi. de præscript.* Quod enim de laudo sæpius inculcatur & quod polliciti sint Præpositus & canonici obedientiam, quemadmodum ab antiquo præstabant, respicit temporalitates, nō autem spiritualia, quantum enim ad hæc, Monasterium exemptum fuit à iurisdictione Archiepiscoporum, vt sæpe dictum est.

XXIIII. Argumentum eo pertinet, vt ostendatur
27 quadragenariam præscriptionem † sufficere hoc in casu aduersus Præpositum exemptum, quo ad ius scilicet ipsius empti, allegantur ad hoc in primis *c. ad audientiam. & ibi* Abbas & Felin. *item c. cum nobis. de præscript.* Abb. *in c. dilectus. de capellis Monachor. nu.* 18. Felin. *in c. auditis. de præscrip.* Panor. *in c. cum dilecta. nu.* 2. *de confir. vtili vel inutili.*

Respondemus hoc in iure verum non esse. In primis tex. *in c. ad audientiam. & in c. cum nobis. de præscript.* hoc non dicunt, imo nullum verbum de hoc in illis textib. Abbas vero Panor. *in d. c. ad audientiam. nu.* 12. *vers. in contrarium tamen.* contrarium docet, etsi enim concedat quoad ius exempti quadragenariam præscriptionem sufficere, dicit tamē exemptum ex persona Papæ se tueri posse, & allegare, quod requiratur præscriptio centenaria, propter ius & præiudicium Papæ quod est connexū & inseparabile à iure ipsius
28 exempti, neque enim † exemptus ordinario suo subiici potest, quin auferetur immediata iurisdictio Papæ argumento *l. si commun. ff. quemad. ser. amitt.* eandem sententiam secutus est Feli. *in d. c. ad audientiam. nu.* 17. *& in c. cum olim. eod. tit. n.* 3. & Dec. *in c. cum dilecta. n.* 10. *de confir. vtili vel inutili.*

Secundo ratione id probat aduersarius: ecclesia inquit contra aliam ecclesiam 40. annorum spatio præscribit *c. ad aures. & illud. de præscript.* ergo contra exemptum, cuius fauor consideratur, talis præscriptio sufficit.

Respondemus argumentum procedere in iurib. separabilib. à iure & præiudicio Romanæ ecclesiæ, itaq; sufficit regulariter præscriptio 40. annorū contra ecclesiam inferiorem. Sed vbi illa ius habet inseparabile à Romanæ ecclesiæ iure & præiudicio requiritur præscriptio centum annorum, vnde licet quo ad ius ipsius exempti 40. annorum † præscriptio sufficeret, 29
hoc tamen in casu potest ex persona Papæ se tueri exemptus, nisi centum anni sint elapsi, vt dicunt Abb. Feli. & Deci. *in locis allegatis.*

Tertio loco id probare conatur aduersarius, quia præiudicium Romanæ ecclesiæ sit separabile à iure & præiudicio ipsius exempti *ex c. dilectus. de cap. Monachor. in fine.* in illis verbis. Ita vt ecclesiæ Romanæ nullum † præiudicium generetur, si quando forte ius 30
suum duxerit prosequendum, & *ex c. volumus.* 16. *q.* 4. Glo. *in d. c.* 1. *in verbo, œconomus de capellis Monachor.*

Quarto quia nemo potest excipere de iure tertii, & ad id citat multas authoritates.

Quinto quia considerauit summus Pontifex Calixtus fauorem ipsius exempti, non autē fauorem sedis Apostolicæ, qui etiā allegari non potest, cum huiusmodi exemptiones tendant in præiudicium vniuersalis ecclesiæ, vt per Durandum &c.

Respondemus *ad c. dilectus. de capellis Monachor.* aliū esse sensum illius tex. quam aduersarius existimet & nil commune habet cum casu nostro. Nam ecclesia sanctæ Ceciliæ petebat subiectionem ab œconomo sancti Laurentii in scrutiniis, baptismate, capitulis & similib. erat enim sita in Parochia sanctæ Ceciliæ, & nullum exemptionis priuilegium habebat, vt ibi dicitur, nec præscriptionē: œconomus autem respondit quod ecclesia illa sancti Laurentii ad ecclesiam Romanam nullo medio pertinebat, quia erat Monasterium monialium & generaliter ita seruabatur in vrbe, vt nullum monasterium titulo subiectū esset & Pontifex ibi ita decernit, vt respectu baptismi & Scrutinii œconomus S. Laurētii esset subiectus, ita vt per hoc eccl'esiæ Rom. nullum præiudiciū generetur. Hic est sensus illius tex. qui ad rem nostram nihil pertinet, nam in primis Monasteriū ibi non erat exemptū, vt præsupponit summus Pontifex. Deinde non pronunciatur super exemptione in vniuersum, & absolute, sed tantum respectu baptismatis & quorundam aliorum, iudicauit enim Pontifex illud monasterium respectu baptismatis & aliorum, vt ibi, esse subiectum sed non generaliter in omnibus. Et merito, quia ecclesia S. Ceciliæ probauerat per testes se præscripsisse illud ius subiectionis quod petebat. Et Presbyter ecclesiæ coniunctæ fatebatur se Scrutiniū & baptisma debere ecclesiæ S. Ceciliæ. Reseruauit autem ibi Pontifex ius Romanæ ecclesiæ quoad ius exemptionis, in hunc modum, vt si quando illa vellet ius suum prosequi, hoc est, immediatam iurisdictionem, posset nō obstante illa sententia. Ex qua reseruatione non infertur, quod præiudiciū Rom. ecclesiæ sit separabile à præiudicio ecclesiæ illius, imo est inseparabile, quia si esset separabile illa reseruatione opus non fuisset. Sed voluit per illā reseruationē Pōtifex simul consulere Rom. ecclesiæ, & litē inter duas ecclesias iuste dirimere: Nam cum sibi cōstaret de iure ecclesiæ S. Ceciliæ super his de quib. erat quæstio, sententiā protulit secundum illam ecclesiam. Quia vero exceptio œconomi erat dubia & requirebat altiorem indaginem reseruat ius Rom. ecclesiæ, vt res iudicata ei non obstaret; si vellet ius suū prosequi &

immediatam iurisdictionẽ vendicare. Differtur ergo in aliud tempus ꝓsecutio iuris Rom. ecclesiæ, veluti res postulans altiorẽ indaginem, non autẽ separatur Romanæ ecclesiæ præiudicium ab alterius ecclesiæ præiudicio. Ad tex *in c. volumus. 16. q. 4.* Respondemus quæstionem ibi fuisse de confinibus, & præscriptum fuisse dominium vtile, quod erat emphyteuticum, quod à directo dominio ad Romanã ecclesiam pertinente separari poterat, vnde non facit ad rem nostram, in qua Romanæ ecclesiæ ius est inseparabile, vt dictũ est. Ad Gl *in c. 1. de capellis monachor in ver. œconomus*, respondemus eam Glo. nihil prorsus dicere in hac materia. Fortasse autem allegare voluit Glo. *in vers. generetur.*

31 vbi dicit contra monasterium † exemptum præscribi spatio legitimo 40. annorum, licet non contra Papam Sed & istud nihil obstat, quia etsi contra exemptum 40. annorum præscriptio sufficiat, potest tamẽ ex persona Papæ se tueri, nisi centum anni fuerint elapsi, quia ius Papæ est inseparabile à iure exempti, vnde ratione inseparabilitatis ex eius persona competit exceptio, vt supra deductum est, ex Abbate, Felino & aliis.

Quod vero dicitur neminẽ excipere posse de iure tertii, id verum esse fatemur regulariter, sed hoc non habet locum quando ius tertii est inseparabile & cõnexum, vt in casu nostro, quia ratione connexitatis competit defensio ex persona tertii, vt in terminis nostris doctores tradunt sæpius allegati & est textus *in l. si communem. in princ. ff. quemad. seruit. amit.*

Quod vero Calixtus considerauit fauorem ipsius exempti, non autẽ fauorem ecclesiæ Rom. nihil est, quia vbi monasterium est exemptum id simul cedit in commodum sedis Apostolicæ, & ideo dicitur ei præiudicium fieri si exemptio lædatur *vt in c. cum olim propter. de priuileg. & alibi.*

Pergit sexto loco aduersarius ꝓbare quod in præsenti casu quadragenaria præscriptio sufficiat, quia non agitur de præiudicio Rom. ecclesiæ principaliter, sed tantum secundario, quo casu sufficit ordinaria præscriptio, quia consideratur præiudicium principale, non autem secundarium, & ad hoc allegantur doctores. Respondemus, hæc omnia procedere posse vbi iura nõ sunt connexa sed separabilia, quia stante cõnexitate & disparabilitate in terminis decisiones habemus & quidem in specie præscriptionis contra exempta monasteria, quod scilicet centũ anni requirantur, quia licet contra exemptum sufficerent anni 40. is tamẽ potest ex persona Rom. ecclesiæ se tueri donec elapsi fuerint centũ anni, ratione inseparabilitatis, vt dicunt Abb. Felin. & Deci. *in locis allegatis.* in quib. terminis doctores in contrarium citati non loquuntur.

Septimo loco instat aduersarius ex eo, quod non desint graues authores qui dixerint, exemptum

32 prorogare † posse iurisdictionem ordinarii sui, vt Fridericus Senen. *cons. 14.* Io. de Lignano *in Clem. ne in agro. de statu regul. ex c. luminoso. 18. q. 2* Iason. *in l. si vnus. § pactus. n. 9. ff. de pactis.* Bertas. *in c. 1. n. 117. de iudiciis.*

Respondemus exemptum prorogare posse iurisdictionem ordinarii sui, potest dupliciter intelligi.

Primo modo, vt quoad aliquem actum exemptus consentire possit in iurisdictionem sui ordinarii & ita ordinarius rogatus ab exempto talem actum exercere possit, salua scilicet in reliquis exemptione manente: & hoc admitti potest, *vt in c. a. luminoso. 18. q. 4.* ibi *nec audeat illuc Episcopus Cathedram collocare, vel quamlibet potestatem exercere imperandi, nec aliquam ordinationem quamuis leuissimam faciendi, nisi ab Abbate fuerit rogatus.* Et ita etiam loquitur Fridericus Senensis *in dict. cons. 14.* qui disputat, an exemptus ab ordinario absolui possit, & *n. 5.* signanter dicit. Item exemptus in eo quod ipsum tangit potest renunciare priuilegio: est enim inquit in potestate exempti vti & non vti priuilegio, & tamen sibi non præiudicat in sequentibus actibus, & quando voluerit vti poterit.

Altero modo potest intelligi quod scilicet exemptus prorogare possit ordinarii iurisdictionem, ita vt sibi præiudicet in exemptione, & exemptioni renunciare videatur, ita vt in cæteris teneatur iurisdictioni ordinarii se subiicere, & hoc eum facere non posse dicimus *per tex. expressum. in c. cum tempore. de arbit.*

Et licet Augustin. Berous *in c. 1. n. 17. de iudi.* contrarium dixerit, loquitur tamẽ cõtra tex *in d. c. cum tempore.* cui non respondet & contra Panormitanũ, quẽ ipse refert, cuius authoritas proculdubio præualere debet. Præsertim † quia Berous non probat suã asser- 33
tionem, allegat enim *c. suborta. de re iudi. c. accedentibus. de priuileg. c. 1. de cap. monach. & c. non olim. de præscript.* in quibus locis hæc assertio non probatur, vt videri potest. Imo nec vllum verbum de hoc in eis cõtinetur.

Octauo respondet aduersarius *tex. in c. cum tempore. de arbitr.* non obstare suis assertionibus, quia in ea specie exemptus non prorogauit iurisdictionem ordinarii sui, sed alterius. Deinde compromissum fecit de libertate, quod fieri non potest, & deniq; iuramentũ præmiserat ibi exemptus Papæ ratione exẽptionis.

Respondemus hæc nõ obstare, quia ibi verba sunt clara summi Pontificis, quod exemptus absq; licentia ipsius priuilegio suæ libertatis & exemptionis renunciare nõ possit. Et hoc à nobis ponderatur in hac specie, etenim siue exemptus in fauorem ordinarii siue alterius renunciare velit, semper obstat sententia Pontificis quæ generalis est. Nec in eo se fundat Pontifex quod de libertate fuisset compromissum, sed in hoc tantum, quod exemptus etiam si voluisset non tamen potuisset absque licentia Romani Pontificis renunciare priuilegio suæ libertatis. Nullam quoque facit vim in iuramento ei exempti, imo nullam ipsius iuramenti mentionem tex ibi facit. Nec Ludo. Roman. *in allegat. cons. 369.* illud dicit ad quod allegatur, nempe decisionem illius tex. quantum ad hoc de quo agitur, & quod à nobis perpenditur procedere propter iuramẽtum quod exempti præstant. Sed illud tantũ vult, quod ratione huiusmodi iuramenti non possit exemptus compromittere, ne sequatur alienatio contra iuramentum quod præstare solent, vt supra etiã respondimus referenda verba ipsius Ludouici Romani.

Postremo aduersarius respondit *ad c. cum dilecta. de confir. vtili vel inutili. & ad ca. ad audientiam. de præscript.* Sed frustra quia conclusio Abbatis, Felin. & Decii superius allegatorum, ratione nititur firmissima & irrefragabili, quod nimirum ratione † connexitatis 34
& inseparabilitatis hoc in casu centenaria præscriptio requiratur: vnde non immerito Pontifex *in d. cap. cum dilecta.* ait Quia vero præfatum Monasterium ad ius & potestatem Apostolicæ sedis per priuilegium Prædecessoris nostri pertinere monstratur, ne ius ecclesiæ Romanæ remaneat indefensum, eandem Abbatissam Procuratricem ipsius duximus statuendam, vt cum aduersus Romanæ ecclesiæ possessiones, & iura, non nisi centenaria currat præscriptio, ipsa super hoc & aliis vice nostra procuret &c.

Ex quib. verbis patet centenariã præscriptionem requiri hoc in casu, quia separari non potest ius Romanæ ecclesiæ à iure ipsius exempti.

Vltimo

Vltimo dicitur quod ex sacro concilio Tridentino exempti etiam si velint subterfugere non possunt iurisdictionem ordinarii, vt per Nauarrum *in suo Manuali Confessar. cap. 25. nu. 13.* & ad hoc etiam allegatur Concilium Tridentinum *sessione 7. cap. 8. de reform. & sess. 21. cap. 8.*

Respondetur nec Concilium nec Nauarrum illud dicere ad quod allegantur; vt videri potest.

Andreas Fachineus Ingolstadii cum voto Clariss. D. Henrici Canisii.

Pro Reuerendissimo D. Præposito B.

ARGVMENTVM CONSILII LVII.

Agitur de eadem causa exemptionis dicti monasterii, & respondetur ad argumenta in contrarium.

SVMMARIA.

1 *Papam rescribere contra pacta inter partes conuenta non est verisimile.*
2 *Asserenti non creditur nisi quatenus apparet in relato.*
3 *Homagium præstari non potest pro rebus spiritualibus.*
4 *Verba narratiua in antiquis probant.*
5 *Exemptus à iurisdictione ordinarii per S. Pontificem non potest ei se subiicere sine consensu Papæ.*
6 *Interpretatio fieri debet per quam actus valet.*
7 *Compromitti non potest de causa exemptionis ab ordinarii iurisdictione.*
8 *Laudi nulliter lati facienda mentio non est in obtinendo rescripto.*
9 *Confirmatio nihil noui iuris tribuit.*
10 *Neque conualidat id quod nullum est.*
11 *Papa præsumitur ignorare priuilegia particularia ecclesiarum quæ in facto consistunt.*
12 *Papa non præsumitur velle confirmare aliquid in præiudicium alterius cui ius quæsitum est.*
13 *Et ideo talis confirmatio nulla est & subreptitia.*
14 *Priuilegium tollitur per contrarium vsum.*
15 *Priuilegii acceptatio & vsus qualiter probetur.*
16 *Priuilegium tollitur per non vsum quando tale est cui renunciare possit.*
17 *Priuilegium nō tollitur per non vsum quando concedens illud sibi aliquid reseruat.*
18 *Prælatus ecclesiæ non potest per non vsum efficere vt ecclesia priuilegium amittat.*
19 *Priuilegium amittitur per non vsum quando consistit in aliquid faciendo.*
20 *Interpretatio semper est facienda vt repugnantia tollatur.*
21 *Compromitti non potest in laicum de causis spiritualibus.*
22 *Homagium præstari non potest ob res spirituales.*
23 *Comparens in synodo, vt statuendis contradicat, non sibi præiudicat.*
24 *Narrata in supplicatione sunt verificanda.*
25 *Et quis teneatur probare an obtinens rescriptum veritatem narratorum an vero impugnans falsitatem.*
26 *Persona extranea non subauditur.*
27 *Supplicatio præsumitur porrecta eius mandato, qui rescriptum obtinuit.*
28 *Verba narratiua Papæ super quibus se fundat probant.*
29 *Et maxime in antiquis.*
30 *Nec requiritur geminatio.*
31 *Narratiua verba si aliquid falsi contineant gratia est nulla.*
32 *Scientia Papæ præsumitur ex longissimo tempore.*
33 *Et ex actibus multiplicatis.*
34 *Sed hoc refellitur.*
35 *Et ibidem.*
36 *Scientia in incorporalibus probanda, licet lapsum sit tempus centum annorum.*
37 *Præscriptio temporis immemorialis requirit amplius quam centum annos.*
38 *Et qualiter per testes probetur.*

Christi nomine inuocato.

NON videtur nobis difficile ad argumenta respondere, quæ à Clarissimis DD Doctoribus Tiberio Cerasio & Horatio Mandosio allata sunt, contra priuilegium Calixti tertii, quo Præpositus & Monasterium B. exemptum est ab omni iurisdictione Archiepiscopi S.

Primum argumentum Dn. Cerasii est in eo positum, quod ex laudo lato per arbitros ante ipsam Bullam Calixti, reddatur subreptitia, cum in ipso laudo declaretur contrarium eius quod bulla exemptionis importat, ita † vt si Papa id intellexisset 1 vtique non ita rescripsisset, *iuxta leg. fin. Cod. senten. rescind. non posse cap. ex rosita. de arbitris.* & alios Dd. citatos: præsertim vero cum laudum ipsum fuerit acceptatum per Præpositum, & consequenter in pactum transiuerit, contra quod non est præsumendum, Papam voluisse rescribere si id sciuisset *cap. ex multiplici. de decim.* cum aliis citatis: & præsertim accedente dicti laudi confirmatione per Nicolaum V. facta.

Respondemus nullum extare laudum, quod contrarium contineat eius, quod in bulla Calixti continetur. Quod si hoc intelligatur de laudo quodam, vt prætenditur lato per Episcopum S. anno 1449. dicimus primo, de illo non sufficienter constare, cum non extet in forma probante, prout in exceptionib. est oppositum in processu.

Deinde respondemus illud non continere contrarium eius, quod in bulla seu priuilegio Calixti continetur Hoc enim vnum in dicto laudo contineri dicitur, quod ad rem facere & aduersario suffragari prætenditur.

Item est pronunciatum quod nos prædictus Præpositus & capitulum nostrum in B. & omnes nostri successores cum personis nostris, terra nostra & cum posteriori clusa in B contra prædictum Dominum nostrum S. ecclesiam suam & successores, & contra eorum homines nihil facere, nec attentare debeamus, sed ipsis & eorum successoribus fideles esse, & obedientes, sicut ab antiquo tempore extitit obseruatum, & sicut nos, & prædecessores nostri sibi & eius prædecessoribus ad id homagium fecimus, cum præstito iuramento, &c.

Hæc verba nequaquam continent cōtrarium eius quod in bulla Calixti continetur, neque enim dicunt Præpositum & Monasterium B subiectum esse Archiepiscopo S. sed fideles & obedientes esse

Præpositos debere, sicut ab antiquo tempore extitit obseruatum & iuxta iuramentum & homagium in id præstitum.

Vnde relationem habent ad eum fidelitatis & obedientiæ modum, qui ab antiquo fuit obseruatus, consequenter docere debet Archiepiscopus, quis fuerit modus ille, ab antiquo obseruatus, & iuxta dictum homagium ac iuramentum, alioquin nulla ex dictis verbis se ad aliud referentibus probatio resul-
2 tabit Neque enim † creditur referenti instrumento nisi quatenus apparet in relato Auth. *si quis in aliquo. C. de eden.* & ibi doctores & maxime Dec. late *n.31.* vbi citat leges concordantes.

Et confirmatur hæc responsio, quia Monasterium prædictum ab antiquo tempore subiectum fuit Archiepiscopo ratione sacramentalium, vt in bullis Apostolicis est expressum. Item ratione quorundã bonorum feudalium quæ ab Archiepiscopis accepit, & quorũ occasione eum recognouit in dominũ. Item ratione salinarum in aliquib. casib. vt ex ipsismet scripturis S. in actis productis ex Archiuo apparet. Quare illa verba laudi ita videntur accipienda, vt significent debitam fidelitatem & obedientiam respectu
3 dictarum rerum, non autem respectu † spiritualium, pro quib. homagium præstari non potest, *c. indignum.* & ibi Abb. Panor. *extr. de regulis iuris. c. ex diligenti. ext. de Simonia.* Nam & repugnat priuilegiis exemptionũ à Primordio suæ fundationis eidem Monasterio cõcessis, quib. illud nullo mediante ad ecclesiam Romanam pertinere, siue ad ius & proprietatẽ Romanæ ecclesię pertinere nõ semel est expressum, etiamsi ea verba quandoque narratiue concepta sint, nam nihilominus exemptionem probant, cum dicta
4 priuilegia sint † antiquissima ante centum & amplius annos, vt in terminis nostris respondit Decius *in consil. 152. n. 2. vers. & prædicta maxime.* Quod Consilium refert & sequitur plures alios doctores citans Aymo Crau. *de antiq. tempo. in princ. n. 8.*

Itaq; fidelitas & obedientia promissæ fuisse censebuntur saluis priuilegiis exemptionis & libertatis quib. præiudicatum non videtur, per illa verba laudi *argum l. 3. ff. de testa. militari.* Neq; præiudicare potuit, etiamsi de facto laudum fuisset latum contra exemptionẽ: quia stantib. priuilegiis exemptionis eidem monasterio concessis manifeste constat dictum monasteriũ immediate subiecta fuisse Pontifici Romano, ergo non potuisset per talem obedientiam & fidelitatem præstitam Archiepiscopo, se subiicere &
5 è Romani Pontificis immediata iurisdictione † subtrahere, sine licentia ipsius Romani Pontificis, *vt in c. cum tempore. de arbitris.* Si n. subditus aliquis iurat obedientiam & fidelitatem ei, cui non debet in præiudicium superioris sui domini, tale iuramentum est illicitum. Ideo quod non potest seruari sine salutis periculo, cum non possit se obligare in præiudiciũ superioris, *tex. in c. ea te. & ibi notat* Abb. Panor. *in 3. notabili. de iure iu.* alios plures in eandem sententiam citat Iosephus Mascardus *de probationib. vol. 3. concl. 1117. nu. 12.*

Ita laudum est interpretandum, vt ad huiusmodi exemptionis causam minime ptineat: semper enim
6 illa † interpretatio fieri debet, per quam actus valet, & tenet, non autem per quam corruit, & nullus est *l. quoties. ff. de verb. oblig. l. quoties. ff. de reb. dubiis.* Deci. *in c. quoniam Abbas. n. 16. de officio deleg.* Menoch. *de arbitr. iudi. casu 199. nu. 22.* Stante autem hac interpretatione compromissum & consequenter etiam laudum esset
7 nullũ. Huc accedit † quod non potuit hac de re fieri compromissum, vt per Innocen. *in d. c. cum tempore. de arbitr. in Glo. in verbo, libertatem. ibi. non videtur quod de liberali &c. cum aliis versib. sequentib.* & ibidem Hostien. *in §. cum etsi sponte.* nec non Abbas Panor. *n. 3* & Imol. *nu. 4.* qui hoc expresse dicunt, ac probant textibus & rationibus, vt apud eosdem videri potest.

Ex quib. intelligitur in Calixti priuilegio nõ fuisse necesse fieri mentionem dicti laudi. Cum. n. laudum est nullum eius facienda mentio in obtinendo contrario rescripto non est, quia quod nullum † est, nullum pręstat impedimentũ *c. non præstat impedimentum. de reg. iu. lib. 6.* ita respondit Soc. sen. *in consil. 169. n. 2. li. 2.* Abb. & Dec. *in c. ex tenore. n. 5. de rescrip.* Neuizan *in consil. 36. n. 14. & 15.* Menoc *de arbitr. iud. casu 202. n. 56. & 57.* vbi idem dicit, quando laudum seu transactio est elidibilis per aliquã exceptionem. 8

Nec obstat prætensa confirmatio dicti laudi à Nicolao V. facta, quia † confirmatio nihil noui tribuit, 9
c. cum dilecta. de confir. vtili vel inutili. c. quia diuersitatem. de concess. prabenda. nec actum nullum † conualidat *ca. ex* 10
parte. de constit. c. dudum. de decimis. Deci. post alios quos citat *in rub. de confirmat. vtili vel inutili. n. 3. & in l. more. n. 22. & 23. ff. de iurisd. om. iud.*

Et cũ Papa præsumatur † ignorasse priuilegia monasterio B. concessa *c. veniens ext. de præscriptio. & argu.* 11
c. 1. de constit. lib. 6. nõ pręsumitur etiã voluisse dictum laudũ cõfirmare † in piudiciũ iuris iã eidẽ monaste- 12
rio q̃siti, ex cõcessis antea priuilegiis, quorũ nulla facta esset mẽtio in ipsa cõfirmatione obtinẽda *argu. c. constit. de rescrip. leg. 2. §. merito. & §. si quis à Principe. ff. ne quid in loco publico.* Menoch. late *de arbitr. iud. casu 201. n. 138.* Et præsertim concurrente etiã præiudicio ipsius summi Pontificis *iuxta ca. cum olim propter. ibi ne in nos Monasterii læsio. de priuileg.* Vnde & talis † confirmatio subreptitia fuit, quia si hęc narrata Pontifici fuissent, 13
aut non confirmasset, aut certe difficilius confirmasset dictũ laudũ in hac parte *c. dudũ. de electio. c. super literis. c. postul. de rescrip.* late Menoc *loco proxime citat. n. 24.*

Secundum argumentũ eiusdem D. Cerasii est illud quod scilicet Calixti bulla effectũ non habuerit, nec vnquam vsu recepta fuerit, ob idque de ea non sit habenda ratio, sicut dicitur de statuto vsu non recepto.

Quod autem effectum non habuerit & vsu recepta non fuerit probat.

Primo ex eo, quod anno sequenti, idem Imperator qui supplicauerat Calixto pro exemptione acceptauit laudum, & sic fecit actum contrarium exemptioni, ob idque illi renunciasse videtur. Et sic gratia effectum habere nõ potuit, quia is qui eam obtinuit non acceptauit.

Secundo probat ex pluribus iuramentis homagii præstiti, per Præpositum Archiepiscopo S. post dictã Bullam Calixti.

Tertio ex conuocationib. eiusdem Præpositi factis ad synodum, & ad dietas, & per actus obedientiales, item per confirmationem electionis ab Archiepiscopo petitæ & obtentæ, & per alios actus iurisdictionales quos Archiepiscopus exercuit in audiendo & cognoscendo causas dicti loci.

Ex quibus inquit dubitari non posse, quin satis probetur, effectum non habuisse huiusmodi priuilegium, vel saltem per † contrarium vsum sublatum fuisse *iuxta l. 1. ff. de nundinis & notata in c. cum accessissent. de constitutio.* 14

Respondemus Præpositum & Monasterium B. dictum priuilegiũ acceptasse, & eo vsum fuisse in actib. synodalibus & aliis, vt copiose deductũ est in pcessu curauitq; illud trãsumi, & apud se retinuit trãsumptũ quod

quod & in actis productum est. Neque dubium est
15 quin ex his † actib. probetur acceptatio & vsus dicti priuilegii ex traditis per Crescen. *decis. 79. numero 1. & 2. & in decisionibus diuersorum. parte 2. numero tertio.* & per Hippol. Riminald. *in consilio 23. numer. 156. libro primo.*

Quare stantibus ex aduerso deductis, sequitur nos in ea quæstione versari, vtrum scilicet priuilegium fuerit amissum per actus contrarios priuilegio, seu per non vsum ipsius priuilegii: & dicimus nequaquam amissum fuisse. Licet enim priuilegium regulariter amittatur per non vsum, siue per actus contrarios priuilegio *iuxta leg. 1. ff. de nundinis. & notata in cap. cum accessissent de constitutionibus.* tamen illa conclusio locum habere non potest in specie nostra.

Primo, quia illa conclusio locum habet, quando
16 est tale priuilegium, † cui côtraueniens renunciare potest, secus vero si illi renunciare non possit; si enim expresse renunciare nô possit, multo minus tacite contraueniendo renunciare poterit, *argum. l. qui ad certum. ff. locati.* ita in terminis post Innocen. Bald. Abbatem Cardinalé & alios tradit Decius *in d. c. cum acc. ssissent. col. pen. vers. secundo prædicta cô. lusio. de constitut.* Idem docet Felin *ibidem num. 29. vers tertio limita.* Carolus Ruin. *in cons. 228. num 11. lib. 1.* Cęphalus *cons. 58. num. 93. lib. 1.*

Sed in hoc proposito nostro præpositus & monasterium B. renunciare non potuerunt priuilegio exemptionis, & libertatis, absq; licentia Romani Pontificis, vt expresse decisum est *in c. cum tempore. de arbit.* ergo nec tacite, id est, per actus côtrarios renunciare potuerunt, & sic priuilegium amittere.

Secundo quia vbi est tale priuilegiû, in quo prin-
17 ceps sibi † aliquid reseruauit, vt in casu nostro, quia summus Pontifex eximendo præpositum & monasterium sibi reseruauit immediatam iurisdictionem in ipsum, tunc per non vsum aut etiam per contrarium vsum priuilegium non amittitur, ita declarat Abbas Panor. *per tex. in d. c. cum tempore. de arbitriis. in d. c. cum accessissent. sub n. 6 vers. aut datur ad non faciendum.* & ibi Decius alios citans *num. 17. vers. quarta con lusio.* & Felin *num. 28. vers. hanc regulam limita primo.* D. Tiberius Decianus *in cons. 66. num 66 lib. 3.*

Tertio quia priuilegium per non vsum, aut etiam per contrarium vsum non amittitur, quando est concessum ecclesiæ, vt in casu nostro, fuit enim concessum præposito & Monasterio ecclesiæ B. ratio
18 est, quia † non potest eius prælatus per huiuscemodi actus contrarios ecclesiæ suæ, præiudicare, ita Panormi. *in dict. cap. cum accessissent. numero septimo. versic. secundo casu.* Felin *ibidem num. 29. versic. & hinc est.* Imola *ibidem nu. 6.* Ruin. *in d. cons. nu. 11. lib. 1.* Hieron. Gabr. *cons. 161.*

Quarto quod dicitur priuilegium amitti per non vsum vel per contrarium vsum, intel igitur de priuilegio † concesso ad aliquid faciendum in specie *iuxta*
19 *dict. l. 1. ff. de nundinis.* & ita loquuntur doctores, vt animaduertit D. Decian. *in d. cons. 66. nu. 66. vers. 4. respondetur. lib. 3.*

Sed priuilegium de quo agitur non consistit in faciendo aliquid in specie, sed est priuilegium exemptionis. quo præpositus & Monasterium eximitur a iurisdictione Archiepiscopi S. & immediate subiicitur Pontifici Roman. ergo nihil obstat in casu nostro illa conclusio.

Quinto quia nec in facto recte applicantur, quæ ex aduerso adducuntur ad docendum de non vsu, seu de actibus contrariis priuilegio. Nam quod primo dicitur Imperatorem anno sequenti post priuilegium approbasse dictum laudû nihil obstat, cum illud laudum nihil contineret contrarium priuilegio, vt supra deduximus respôdendo ad primum argumentum.

Quod eo magis iam confirmari potest ex memorata approbatione seu confirmatione Imperatoris, tum quia non est verisimile ipsum Imperatorem in eo sibi adeo repugnantem fuisse, vt postquam exemptionis priuilegium impetrasset, actum contrarium facere voluisset, & confirmare laudum prædictum, si fuisset contrarium priuilegio. Semper enim illa interpretatio est facienda, per † quam repugnantia & contrarietas euitatur, vt notant omnes *in leg. vbi repugnantia. ff. de reg. iur. & in cap. inter dilectos. de fide instrum.* Menoch. *de arbitr. iudicum. casu 199. numero 23.* 20

Tum quia Imperator confirmauit dictum laudum tanquam arbiter, ex quo colligi potest laudum illud ad causam exemptionis huius quæ ecclesiasticam iurisdictionem concernit, minime pertinere. Neq; enim † compromitti in laicum de causis spiritualibus seu ecclesiasticis potest *cap. contingit. & ibi Gloss. in verbo, spiritualibus. de arbitris.* 21

Quod vero dicitur de pluribus homagiis iuramentis homagii præstitis: similiter non obstat, quia homagia illa & iuramenta præstita fuere propter bona & iura temporalia, non autem † ob spiritualia, 22 pro quibus etiam homagium præstari non potest, *vt in c. ind gnum. de reg. iur.* prout de his homagiis opportune in processu fuit semper ostensum & exceptum, quod temporalitates respicerent, vt videri potest.

Quod autem dicitur de synodalibus conuentibus nil obstar, tum quia, vt in exceptionibus in processu late deductum est, in illis synodis præpositus gessit se tanquam exemptum, & nô subscripsit, nec aliquid contribuit, vt alii non exempti, tum quia interesse voluit † vt statutis contradicere posset, ad tra- 23 dita per Imolam *in cap. quod super. num. 7. & ibi* Cardi. *quæst. 1. de maioritate & obedien.* Henricum Bodeum *in tract. de synodo Episcop. in 2. parte, art 4.*

Quod vero attinet ad confirmationes allegatas, iam sæpe diximus illas nullum ius Archiepiscopo tribuisse, quia factæ fuerunt absque licentia & scientia Romani Pontificis, & ad euitandos sumptus & labores, qui in vrbe Romana pro similibus fieri solent, nô autem ad confirmandam Archiepiscopo iurisdictionem, cum id non esset in potestate præpositi, *vt in d. c. cum tempore. de arbitriis.*

Denique quod attinet ad assertos actus iurisdictionales in homines dicti loci, dicimus, primo de illis non côstare, deinde, nihil commune aut vix aliquid habere cum exemptionis causa ipsius Monasterii, & clam a summo Pontifice factos fuisse & contra priuilegia ipsorum, vt & alias latius deduximus. Et ideo nihil obstare. Et hæc quod attinet ad argumenta D. Cerasii.

Quod vero attinet ad argumenta Dn. Mandosii, simili modo respondemus illa non obstare.

Primum argumentum est quod narrata in bulla Calixti sint † verificanda ex trad. per Io. Ând. *in cap. 1. de litis contest. libro sexto, & aliis.* Et consequenter verificandum & probandum sit Fridericum Imperatorem supplicasse, & præposituram ab Imperatoribus & Romanis Regibus de redditibus Imperii solenniter & magnifice dotatam fuisse, quia hæc 24

omnia narrata fuere Calixto, quę si vera non fuissent aut non concessisset aut difficilius concessisset priuilegium.

Respondemus in hunc modum. Vt omittamus illam disputationem, an is qui rescriptũ obtinuit, probare teneatur veritatem narratorum, an vero is qui impugnat rescriptum falsitatem narratorum, qua in re nõ desunt doctores, qui responderunt, onus pro-
25 bandi falsitatem † ad impugnantem pertinere, sicuti late recenset Mascard *de probatio. vol. 3. concl. 1123. nu. 11.* Dicimus quantum attinet ad secundum nempe pręposituram fuisse dotatam à Romanis regibus & Imperatoribus, id abunde constare ex publicis instrumentis donationum & concessionum in actis exhibitis ac productis coram Illustr. & Reueren. D.N. vt patet ex processu. Quantum vero ad primum illud satis probari dicimus ex ipsius Bullæ Calixto literis, in quibus narratur Imperatorem Fridericum supplicasse pro exemptionis priuilegio, cum. n. narretur in dictis literis supplicationẽ Imperatoris nomine oblatam fuisse Calixto Papæ pro dicta gratia impetran-
26 da, & persona † extranea nunquam intelligenda sit *l. stipulatus. §. Grisogonus. ff. de verb. oblig.* credendum est in dubio dictam supplicationem per Imperatorem
27 seu † eius mandato & voluntate oblatam fuisse Oldradus in terminis iis ipsis verbis *in cons. 136. nu. 5. vers. non obstat quod aduersarii.* cuius decisionem Dominos Rotæ Romanæ in plurib. causis secutos fuisse se præsente, testatur Ludouicus Gomes. *ad reg. cancell. ad regulam, de Imperatore benef. viuentu. q. 5.*

Quæ sententia confirmatur ex communi doctorum sententia quod verba narratiua Papę, super qui-
28 bus fundatur † eius intentio, præsumptiue probant, donec contrarium probetur etiam si talia verba sint de facto alieno, vt declarat Glo. *in cap. nonnulli in Glo. pen. de rescript & in Clem. 1. in verbo, fecisse. narramus. de probationibus.* Roman *in consilio 369. numer. 38. in 9. dubio.* Angelus *in consilio 368. num. 2.* Paulus Castr. *in cons. 414. numero primo. & 438. circa finem. libro primo.* Alex. *in cons. 15. n. 2. & 3. lib. 5.* Crauetta *de antiq. tempor. in prima parte. num. 14. vbi alios citat.*

Et cum Calixti literæ sint antiquissimę ante centũ & amplius annos datæ, tanto magis id ꝓcedere de-
29 bet, & eis credendũ est, quia in antiquis verba † narratiua ꝓbant, id verũ fuisse, ꝙ in eis narratur tã in cõtractib. q̃ in priuilegiis & rescriptis Princip. Alex. *in cons. 6. n. 11. 12. lib. 1.* Dec. *in cons. 152. n. 2. vers. & prædicta.* maxime vbi alios citat & dicit esse com. opin. idẽ respond. Soc. iun. *in cons. 65. n. 7. li. 1.* Aymo Crau. *de antiquit. temporum in princip. n. 8.* & alii plurimi quos refert & sequitur Mascard. *de probatio. vol. 2. concl. 621. n. 15.*

Et licet Rota *in decis. diuersor. in 1. parte. decis. 388.* &
30 Masc. proxime citatus requirant plures & † geminatas enunciationes, & sic ꝙ in plurib. instrumẽtis talia narratiua verba cõtineãtur, tamẽ hanc declarationẽ nullo iure ꝓbant & superius allegati Dd. simpliciter loquuntur, nec requirunt geminationẽ verborũ aut pluralitatẽ instrumentorũ. Et deniq; negari non potest, quin eiusmodi verba narratiua in antiquis maximam præsumptionẽ per q̃ onus probãdi in aduersariũ transferatur, si quidẽ narratiua verba id operãtur ẽt in nõ antiquis, vt supra multis allegatis doctorib. est probatũ. Secundum argumentũ eiusdẽ D. Man-
31 dosii est, ꝙ si in † narratiua aliquid falsum probetur gratia erit ipso iure nulla, *c. ad audientiam. 2. de rescript.* Hic aũt falso narratum fuit in erectionis Primordio, Imperatores dotasse Prępositurã & Monasterium de quo agitur. Ergo &c. Respondemus non esse falsum imo verissimum, quod Imperatores dotauerint Pręposituram in erectionis Primordio, hoc est, cum primũ fuit erecta. Id probatur ex publicis documentis donationum & concessionum, quas Romani Reges fecerunt, & Imperatores, quæ sunt in actis producta coram Illustr. & Reueren. D.N. Tertium argumentum est in eo positum, quod priuilegium Calixti effectum non habuerit propter actus contrarios & repugnantes ipsi priuilegio, ex quib. fuit amissum. Respondemus, aut ex huiusmodi actib. prætenditur legitima pręscriptio aduersus dictũ priuilegiũ aut non; Si nõ prætenditur generata legitima præscriptio, sed tantum prætenditur, quod propter non vsum priuilegii vel contrariũ vsum illud fuerit amissum: respõdemus illis eisdem modis, quib. ad secundum argumentũ D. Cerasii respondimus, vbi quinq; rationib. ostendimus dictum priuilegiũ amitti non potuisse, propter prætensum non vsum aut contrarium vsum. Si vero prætendit aduersarius ex huiusmodi actib. se legitime præscripsisse, cõtra priuilegiũ exemptionis, ꝓut in quarto argumento deducitur: respondemus, prout statim ad argumentum quartum, ne bis idem repetamus. Quartum igitur argumentum eiusdem D. Mandosii est illud, quod propter huiusmodi actus contrarios priuilegio id fuerit amissum concurrente spatio 40 annorum, sed quoniam hoc in casu agitur de præiudicio Romanæ ecclesiæ, quod est inseparabile à præiudicio Monasterii, D. Mandosius pro veritate agnoscere ac fateri videtur præscriptionem cẽtenariam requiri, & ad hoc allegat authoritates & iura, quę nos ẽt sępe attulimus, sed dicit extare illã centenariã pręscriptionẽ. Nec obstare dicit, si obiiciatur, in huiusmodi iurib. incorporalib. scientiã & patientiam aduersarii requiri, quia hic probatur scientia & patientia Præpositi, Pontificis aũt Romani scientia præsumitur † ex tam longo tempore ex trad. per Saly. 32
in l. authoritatem. C. vnde vi & per Gabr. alios citantẽ *de præscript. concl. 1 n. 60.* & præsertim vbi actus sunt † va- 33
rii, & multiplicatĩ ex trad. per Inno. *in c. bonæ. 2. de postul. prælato.* Egid. *cons. 10. post nu. 30.* Panor. *in c. cum ecclesia Sutrina n. 25. de causa possess. & proprieta.* Respondemus in primis negando extare cẽtenariam præscriptionem. Nam aut cõsideramus actus confirmationũ Præpositorũ, quos exercuisse dicitur Archiep. aut prætensa homagia & alios ꝑtensos act⁹ iurisdictionales. Si cõsideremus actus cõfirmationũ in illis non includitur tempus centũ annorũ. Nam ab anno 1507. quo dicitur facta fuisse prima confirmatio cuiusdã Præpositi, vsq; in ꝑsens, nondũ elapsi sunt centũ anni, vt patet.

Si vero consideramus reliquos actus, puta homagia & iuramenta & similia, dicimus illa præstita fuisse ratione bonorum temporalium, & præsertim salinarum & aliarum similium causarum, non autem ratione spiritualis & ecclesiasticæ iurisdictionis, sicut superius responsum est, & latius in exceptionib. contra iura S. in actis coram Illustr. & Reueren. D.N. est deductum, vbi responsum est ad singulos actus in specie, ita vt hæc duo in facto minime probentur ex parte Archiepiscopi, nempe actus iurisdictionales extare per tẽpus annorũ cẽtũ, & illos respicere ecclesiasticã iurisdictionẽ, ac spiritualẽ, de qua nũc agitur.

Quod vero dicitur ex cursu centum annorum scientiam Pontificis Romani esse præsumendã. In primis Saly. qui profertur id nõ dicit Eius hæc sunt verba *in d. l. authoritatem C. vnde vi.* In dubio si † multum 34
tempus transiuit, ita quod verisimiliter & faciliter scire potuit factum tam arduum & contra eum gestum, præsumo eum sciuisse, & ita fuit consultum.

Non

Non dicit Salyc. ex diuturnitate temporis absolute, scientiam esse præsumendam, sed tunc esse præsumendam, quãdo verisimiliter, & faciliter scire potuit. Quæ quidem circumstantia hic non concurrit, quoniam summus Pontifex in loco fuit longe remoto, & res non fuit adeo publica & notoria, vt ad eius aures peruenire potuerit, verisimiliter & faciliter.

Deinde Gabriel. qui profertur, loquitur in loco
35 allegato & in rota illa conclusione, vbi lapsum † est tempus immemorabile, quod longe differt à lapsu centum annorum, vt post Cardinalem Felin. & alios declarat Didacus Couuar. *in relect. c. possessor. de reg. iur. lib. 6. in 2. parte. §. 3. num. 6.*

Innocentius autem *in c. bona. 2. de postulat. Prælatorum.* ita loquitur. Has autem præsumptiones quod intendebat vti iure suo, & quod aduersarius hoc sciat, ex pluribus præsumptionib. arbitratur iudex, scilicet ex multiplicatione actuum, & modo petendi, & faciendi & ex aliis multis huiusmodi, & secundum eas refundet onus probationis in alterutrũ. Hactenus Innocen. qui non dicit illud ad quod allegatur, nempe scientiam præsumi ex cursu temporis & multiplicatione actuum, sed dicit iudicem arbitraturum, ex iis & aliis multis circumstantiis, an scuerit vel non scierit.

Panorm. denique *in d. c. cum ecclesia Sutrina. num. 25. de causa possess. & proprie.* ita loquitur. Et an præsumatur scientia domini, arbitrabitur bonus iudex ex multiplicatione actuum, ex qualitate ipsorum, & ex aliis circumstantiis, de quo per Innoc. *in d. c. bone.* quibus verbis apparet Abbatem id non dicere ad quod allegatur.

Cæterum quod scientia nõ præsumatur, sed pro-
36 banda sit, etiam vbi lapsum † est tempus centum & amplius annorum, tradunt Bartol. *in l. 1. §. fin. ff. de aqua plu. arcen. & in l. si publicanus. §. fin. ff. de publican.* Castrens. *in l. seruitutes. la grande. num. 9. vers. sed an tunc requiratur scientia. ff. de seruitut.* Aretin. *in l. more. num. 4. ff. de acquir. hered.* Alexand. *in cons. 16. num. 12. libro quinto. & in cons. 125. numero primo, libro secundo.* Ripa *in c. cum ecclesia Sutrina. n. 67. de causa poss. ff. & proprie.*

Et licet aliqui contrarium scripserint à Gabriel citati *in d. concl. 1. de præscrip. num. 60.* loquuntur tamen in præscriptione temporis immemorabilis, quæ hic non adest, quod probatur non solum ex eo, quod il-
37 la tempus requirat excedens centum † annorum cursum ex communi sententia de qua fidem facit Menochius *de arbitr. iud. casu 3.* qui quidem cursus hic non adest, sed etiam, quia talis immemorabilis præscriptio per scripturas & instrumenta probari non
38 potest, sed tantum per † testes, (qui hic non extant) deponentes se vidisse semper ita fieri, & nunquam vidisse contrarium actum fuisse, & à senioribus ac maioribus audiuisse, id ita factum fuisse, nec vnquam audiuisse contrarium actum esse, atque huius rei publicam esse famam & opinionem, ita post Glo. *in c. 1. de præscriptio. lib. 6.* notant ibi Io. And. & Franc. Alex. *in cons. 16. n. 12. lib. 5.* Balbus *de præscrip. 2. parte 3. part. princ. q. 6. n. 25.* & alii quos refert & sequitur Gabr. *de præscriptio. concl. 1. num. 82.*

Ex quibus satisfactum & responsum esse putamus argumentis clarissimorum D. Cerasii & Mandosii & palam esse, nihil obstare contra priuilegium Calixti tertii, quod expresse & luculenter exemptionẽ Præpositi & monasterii B. probat, quanquã & illa ꝓbetur aliis etiam documentis & priuilegiis S. Pontificum, sicut alias à nobis est deductum & demonstratum.

A. Fachin. Ingolst. ex voto etiam clariss. D. Canisii.

Pro nobili I C. Germano D. Balthasare Saurzapffio.

Argumentum Consilii LVIII.

De debitore qui non soluit in loco conuento & iussu Principis an excusetur & de foro competenti, & de pactis in continenti appositis an prosint ad actionem.

Summaria.

1 *Debitor non liberatur nisi soluat in loco congruo & conuento.*
2 *Et ad locum conuentum remittendus est.*
3 *Debitor qui non soluit in loco promisso, sed alibi tenetur, ad interesse creditori.*
4 *Debitoris electio est quo in loco soluat vbi plura loca solutioni destinata sunt.*
5 *Debitor alibi soluere potest quam in loco conuento vbi locus solutionis gratia ipsius debitoris adiectus est.*
6 *Sed soluere debet in manibus creditoru.*
7 *Pacta ex interuallo non prosunt ad actionem.*
8 *Adsertur ratio.*
9 *Pacta ex interuallo apposita, quæ ad contractus substantiam pertinent, prosunt ad actionem.*
10 *Emptionis & venditionis substantia in quo constat.*
11 *Pacta in continenti apposita prosunt ad actionem.*
12 *L. Iurisgentium. §. quinimo. de pact. declaratur.*
13 *Pactum geminatum parit actionem.*
14 *Obseruantia secuta tribuit fidem scripturæ.*
15 *Obseruantia secuta vel ut tribuit obligationi nulla.*
16 *Ex pacto nudo oritur iudicis officium.*
17 *Pactum ex interuallo prodest ad replicandum.*
18 *Actori redduntur instrumenta ad fundandam replicationem, quia actor in replicatione videtur reus.*
19 *Soluens alii quam creditori eo inuito vel ignorante non liberatur.*
10 *Iussus superioru excusat soluentem aliis quam creditori.*
21 *Subditus Principis quis non dicitur ratione feudi.*
22 *Et est communis opinio.*
23 *Iurisdictio domini feudi à vasallo prorogari non potest ad alias causas.*
24 *Iurisdictio concessa alicui respectu certi generis causarum prorogari non potest.*
25 *Iuramentum fidelitatis differt à iuramento subiectionis.*
26 *Coactus soluisse alteri quam creditori, quando debitor dicatur.*
27 *Præceptum pœnale factum si fit debitori à superiore, vt soluat & is soluat, dicitur soluisse coactus.*
28 *Quod tamen distinctionem recipit ex Gabrielio.*
29 *Metus debet esse iustus, non suspicio eius.*
30 *Princeps qualis esse debeat, vt eius iussu debitor solutus excusetur.*
31 *Fiscus succedit loco debitoris cuius bona sunt confiscata.*
32 *Nec refert an confiscatio recte facta sit vel non.*
33 *Fiscus exigere non potest debitorem debitoris sui nisi in certis casibus.*
34 *Et alia requiruntur vt ibi.*
35 *Et alia etiam ibi ponuntur ad hoc necessaria.*

36 *Forum competens est vbi debitor domicilium habet.*
37 *Et vbi destinata solutio est.*
38 *Debitor quando conueniri possit in loco contractus.*

Facti species.

D. Bartholomeus Saurzapff V.I. Doctor castrum vendidit & prædium nobile & allodiale dictũ Hollenstein in Palatinatu Boariæ situm, Domino Balthasari Baumgartnero Ciui & Patritio Norimbergensi precio 21000. florenorum & trecentorum coronatorum nomine arrhæ.

Conuenit vero inter contrahentes, vt precium tali tempore solueretur, primo quoq; die trecenti coronati & mille quingenti floreni. Festo S. Martini 1596. 4000. florenorum quibus solutis à venditore emptori merx traderetur, & immitteretur in possessionem Castri venditi & pertinentium eius. Residuum vero precii vt solueretur Festo S. Walpurgis insequentis anni 1597. nihilque tunc de loco solutionis aut dictum, aut conuentum fuit.

Paucos post dies rediit D. Emptor Hollensteinũ & allocutus est domini venditoris filium his aut æquipollentibus verbis: Si domino parenti suo acceptum, & gratum esset: se destinasse facere solutionẽ Norimbergæ: qui respondit omnino futurum hoc parenti suo gratissimum: Intentionẽ enim Domini parentis sui tempore celebrati contractus aliam non fuisse nisi hanc, vt solutio fieret Norimbergæ: quod filii responsum cum ei narratum esset D. venditor ratum habuit: & breui tempore post, dictus D. emptor emit à venditore aliqua mobilia: vaccas, pabulum, vtensilia & instrumenta rustica, & de precio conuenerunt, in hunc modum, emptor & venditor volunt, vt de precio harum rerum venditarum ad festum S. Martini calculus ineatur, & quicquid ex rationibus apparuerit emptorem debere: dimidiam partem confestim, alteram vero dimidam in festo Walpurgis: vt & totum precium pro empto castro terminis conuentis N. solueret.

Huic tractationi & conuentioni propriis manibus subscripserunt D. emptor, & nomine & mandato D. venditoris filius ipsius iunior Et secundum hęc conuenta soluit D. emptor N. trecentes coronatos: soluit etiam ibidem mille quingentos florenos.

Post aliquot menses, & instante iam festo S. Martini D. Baumgartnerus supplex adiit Illustriss. Principem ac Dominum, Dominum O. H. P. tanquam ordinarium districtus, in quo venditum castrum situm est: ac petiit vt præfigeretur sibi dies ad præstandum iuramentum subiectionis & fidelitatis: & post illud præstitum, vt immitteretur in possessionem dicti castri, quibus postulatis celsitudo sua annuit: & præfixit diem: simul etiam mandauit vt dicto die solutionem quatuor millium florenorum, vt & totius summæ residuæ nullo alio loco, nisi in Cancellaria Solisbachensi vbi celsitudo sua habet residentiam faceret.

Certiorem etiam fecit Cels. sua D. venditorem, de hoc mandato: & simul ei præcepit, vt dicta die cum apocha compareret: recepturus pecuniam in suæ celsitudinis Cancellaria: verum cum hoc esset contra pacta conuenta, D. vẽditor adiit emptorem, & illi significauit: se alio loco quam N. precium non recepturum: Et cum emptor se excusaret asserendo se quidem esse paratissimum, vt & sibi maxime opportunum & commodum esset: soluere N. sed obstare iussum superioris, cui ipse parere necesse haberet: Replicauit emptor. Vt videret, quid ageret, se. n. protestari, se à nullo nisi ab ipso, & nullo alio loco nisi N. solutionem recepturum.

Hac protestatione non attenta D. emptor solutionem fecit Solisbachi, non contradicens ne in minimo quidem: aut allegans hoc esse contra pacta conuenta partium: aut præceptum secundum suæ Cels. expectans.

Hac solutione facta D. Princeps P. recepit dictam summam quatuor millium florenorum, & in proprios vsus conuertit: & altera die emptorem in castri venditi possessionem misit: & sic venditorem possessione sua de facto & vi spoliauit, hac causa prætexta. Se accipere hanc summam pœnæ loco, propter contumaciam venditoris non comparentis (qui tamen vnica vice citatus cur comparere nõ posset: iustissimam causam allegauit: & dilationem temporis petiit) & secundum Celsitudinis suæ mandatum solutionem recipere nolentis: & propter alias causas, molestias & iniurias quas sibi Cels. sua à D. venditore illatas esse asserit: quæ tamen à parte cõtraria, hoc est, à D. venditore, qui est paratus stare iuri, negantur, & probatione adhuc indigent: Omnia nullo seruato iuris ordine: in causa propria: sine causæ cognitione: Præcipitanter, & de nullitate & violentia actus ac de non consentiendo indictam solutionem nomine patris solẽniter protestante Laurentio Pancratio Saurzapffio.

Quæritur. Primo, num liberatus sit debitor qui solutionem fecit loco non congruo, & alii, quam cui debuit.

Secundo, dato, eum liberatum non esse, an iussus saltem dicti Illustriss. Principis eum excuset, & tutum faciat.

Tertio, dato, non excusari eum, nec fieri tutum quæritur, qua actione & vbi, an in loco Domicilii N. scilicet, an vero in loco contractus coram Illustr. Principe P. conueniri debeat.

Christi Domini nostri auxilio humiliter implorato.

QVOD attinet ad primam quæstionem, an debitor in proposita facti specie liberatus fuerit, qui solutionem fecit loco non congruo, & alii cui non debuit. Respondeo absque omni hęsitatione liberatum non videri. Nam quod attinet ad locum solutionis, extat apertissimum Vlpiani responsum. *in leg.* 10. *ff. de eo quod certo loco.* vbi sic ait. *Is qui certo loco promittit † nullo alio loco quam in quo promisit soluere inuito stipulatore potest.* 1

Secundo Imperatoris Diocletiani & Maxim. rescriptum in *l.* 9. *C. de solutio.* in illis verbis. *Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata.*

Tertio idem probatur, *ex leg. si solutionis. ff. de solut. ex l. qui Romæ. ff. de verb. oblig. ex l. mora. ff. de vsuris. & ex aliis legibus apertiss. mis.* in quibus ita passim interpretes notant ac docent. & ideo doctores nostri dicunt contrahentem dolo facere, si tempore conuento debitam pecuniæ quantitatem in loco destinato non soluat, & proinde si ibi † non reperiatur, ad eum 2 locum remittendum esse vt ibi soluat Innocentius *in c. si aduersarius. de eo qui mittitur in poss. ff.* Decius *in c.* 1. *de iudiciis. n.* 13. Alciatus *ibidem n.* 33. Ripa *nu.* 66. Berous *num.* 195. Iason *in l. si conuenerit. num.* 42. *de iurisdict. omn. iud.* Couuar. *practicarum question. capite decimo, num.* 6.

Tradun-

Traduntur autem tres limitationes à Bartolo, Iasone & cæteris doctoribus *in d. l. 10. ff. de eo quod certo loco.* sed nulla est quæ D. Bartholomeo creditori obstare possit.

Prima est nisi creditori offeratur à debitore inter-
3 esse, quod † passus est propter solutionem non facto loco conuento. ita Glo. *in d. l. qui Romæ. in verbo obtulerit. de verbor. obligat.* Bartolus & Iason *in d. l. 10. de eo quod certo loco, &c.*

Hæc limitatio creditori nequaquam in præsenti specie obesse potest. Nam si debitor & sortem debitam & cæteras vtilitates, hoc est, interesse ipsius creditoris offerret, paratus esset accipere, licet non sicut debuerat N. soluerit, & fieri id posse indicat *l. eum qui 43. ff. de iudi. tit.*

Secunda limitatio est, quando plura loca desti-
4 nata erant solutioni: tunc enim debitoris † electio est, vbi soluere velit, *l. 5. §. & generaliter. ff. de eo quod certo loco.*

Hæc limitatio ad propositum casum non pertinet, quia non plura loca sed vnus duntaxat locus solutioni destinatus fuit, nimirum ciuitas N. vbi debitor habet domicilium.

Tertia limitatio est, quando locus destinatæ solutionis appositus esset gratiæ debitoris, tunc enim de-
5 bitor posset † alibi soluere suo fauori renunciando, *l. penult. C. de pactis.* vt declarat Iason *in d. l. 10. in 3. limitatione. vbi alios citat.*

Limitatio ista Domino creditori non obstat. Primo, quia sic accipienda est debitorē posse alibi sol-
6 uere, scilicet † in manibus creditoris, vtputa soluendo in loco domicilii ipsius creditoris vt declarat Bartolus *in dict. leg. 10.* Sed Dominus debitor non soluit ipsi creditori, sed alii qui non erat creditor, igitur nequaquam liberatus est.

Secundo quia non est certũ, nec vllo modo cōcedendum in hac nostra facti specie locum destinatum fuisse solutioni gratia duntaxat debitoris. Licet enim debitori commodum fuisse videri potest, soluere in ciuitate N. vbi domicilium habet: tamen etiam creditoris cōmodum ea in re versabatur, tum vt ibi pecunias collocaret in aliquem censum annuum apud mercatores, tum ob alias causas: quæ facile considerari & probari possunt: & ideo pactus est cum debitore vt solueret N. Credendum enim est, id creditorem pactum fecisse propter aliquam suam commoditatem & vtilitatem.

Rursus non obstabit D. Bartholomeo creditori si obiiciatur, pactum illud vt solutio debitæ quantitatis precii Norimbergæ fiat non prodesse ad actionem sed ad exceptionem tantum, quia non ex continenti post contractum celebratum, initum est, sed
7 postea ex interuallo temporis, quo in casu † pactum ex parte actoris non solet inesse, vt respondit Vlpianus *in l. iurisgentium. §. quinimo. ff. de pactis.* in illis verbis. *Si ex interuallo non inerunt, nec valebunt si agatur, ne ex pacto actio nascatur.* Et ratio est, quia tunc pactum dicitur nudum, cum cohærentia contractus non recipit fomentum, quod doctores nostri vesti-
8 mentum appellant. Nuda autem pactio † non producit actionem sed exceptionem. *d. l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. eod. tit.*

Ad hanc enim obiectionem sex adfero responsiones: quarum vnaquæque sola sufficeret.

Prima responsio hæc est, id quod dicitur in dicto *§. quinimo.* locum sibi vindicare in pactis ex interuallo appositis, quæ non pertinent ad substantiam
9 contractus, secus autem de his, quæ † pertinent ad contractus substantiam: nam hæc etiam ex parte actoris insunt, & ipsam actionem informant, vt si post emptionem factam ex interuallo conueniat, de eo quod pertinet ad substantiam contractus, vt probatur *in dicta leg. iurisgentium. §. adeo. ff. de pactis.* & ibi notant omnes veteres & recentiores: Substantialia autem † venditionis sunt tria, consensus, res, & 10
precium, vt in proposito dicit Iason *in dict. §. adeo.* ergo cum super precio soluendo pactum fuerit interpositum in casu isto, quod est vnum ex substantialibus contractus, & quidem re integra, fuerit interpositum, dicendum est, illud actionem informare debere, ac ex parte actoris inesse, *vt in dicto §. adeo.*

Secunda responsio est, quoniam pactio illa, vt solutio fiat N. totius precii castri venditi, de quo nunc agitur, adiecta est in continenti, post aliam venditionem factam, quorundam bonorum mobilium se mouentium ac vtensilium, de qua fit mentio in præmissa facti specie.

Ergo huiusmodi pactum actionem quoque producit. *l. in bona fidei. C. de pactis. l. iurisgentium. §. quin imo. ff. eod.* Licet enim illud pactum de soluendo N. toto precio castri venditi fuerit extraneum, neque pertinuerit ad venditionem rerum mobilium, se mouentium & vtensilium, cui adiectum fuit, tamen nihil hoc impedit, quominus † actio ex eo o- 11
riatur, sicut optime declarat Alciatus. *in leg. in bona fidei. Cod. de pactis. numero decimo tertio, decimo quarto & decimo quinto & sequentibus,* vbi hanc sententiam probat legibus adductis & authoritatibus, quibus probatur si vendidi tibi fundum, adiecta conditione, vt pro me Romam eas, pactum muniri vt actionem producat. *ex l. fundi partem ff. de contrah. empt.* Item si vsuræ pacto sint promissæ in contractu depositi, licet contra eius naturam id sit, agi tamen posse. *l. Lucius. in fine l. publia. §. 1. ff. depositi.* Item ex vendito agi posse ad rescissionem ipsius contractus, vel vt aliquid fiat. *l. tenetur. §. 1. ff. de act. empt. l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor.* idem quoque docuit Decius *in dict. leg. in bona fidei.* & Connanus *libro quinto comment. cap. secundo, numero nono.* & probatur *ex d. §. item quæsitum scio. dict. leg. iurisgentium.* ibi. *extra naturam contractus conueniat, &c.*

Cui sententiæ accedit doctrina Francisci Duareni *in d. l. iurisgentium. §. quinimo. vers. ea enim pacta insunt.* & vers. *& responsum scio.* vbi circa interpretationem illorum verborum, *quæ in ingressu fiunt* ab Alciato dissentiens ait, ea pacta legem dare † contractui, 12
quæ iam inde ab initio contractus fiunt, eandemque esse rationem eorum quæ statim post contractum subiiciuntur.

Et ad vers. *idem responsum scio.* Ita scribit. *Aliquando fiunt pacta de his, ex quibus non subsistit substantia venditionis, vt si venditor paciscatur cum emptore, vt insulam ædificet, vt proficiscatur Romam, vt alter alteri certo modo obligetur:* & statim subdit hanc esse Papiniani sententiam, vt si statim talis conuentio fiat, non modo prosit ad exceptionem, verum etiam ad actionem.

Tertia solutio atque responsio est, pactum de quo in specie nostra, nimirum de solutione facienda N. non semel intercessisse, sed bis atque adeo pactum geminatum fuisse. Primum quando Dominus emptor dixit ac promisit se pecuniam N. soluturum filio Domini venditoris, qui & Domino suo parenti id retulit, & ratum is habuit. Alterum quando vendita fuere vtensilia, suppellectilia, instrumenta & alia bona se mouentia, vt in præmissa

facti

facti ſpecie continetur, tunc enim idem D. emptor
promiſit ſe precium caſtri ſoluturum N.
Hæc eſt autem vera & communis doctorum ſen-
13 tentia, pactum geminatum † actionem producere,
& ad actionē quoq; prodeſſe, licet nudum ſit & nullo
munitum veſtimento quia per ſecundum pactum
inducitur conſtitutum ex quo agi poteſt. *leg. 1. §. debi-
tum. ff. de conſt. pecunia* Ita Iaſon. *in l. iuris gentium. §. igitur
nuda. num. 16. ff. de pactis.* Menochius *conſ. 1. num. 236.
lib. 1.* Burſatus *conſ. 225. num. 65. lib. 2.* D. meus præce-
ptor Io. Cephalus *conſ. 40. num. 10.*
Quarta reſponſio ac ſolutio eſt quia pactū, de quo
agitur, nempe de precio Caſtri ſoluendo N. iam ob-
ſeruatum fuit & executioni mandatum à Domino
emptore reſpectu trecentorum coronatorum &
mille quingentorum florenorum, quos D. Emptor
N. ſoluit, ex quo infertur pactum illud etiā ex obſer-
uantia ſecuta robur accepiſſe ita vt amplius impu-
gnari ac infirmari non poſſit.
Sic enim dicimus ex obſeruantia ſecuta fidem
14 tribui † ſcripturæ, licet alioqui nullam fidem merere-
tur *argum. l. cum fidē. C. de non num. pecunia.* vt reſpondit
præclare Cynus *inter conſil. Baldi ante conſil. 400. libro
quarto.* refert & ſequitur Crauetta *in conſil. 101. numero
tertio. & 158. numero primo. & 379. nu. 8. libro quarto. &
conſ. 949 num. 15. lib. 5.*
Ita etiā dicimus (quod ad rē noſtram prope acce-
15 dit) ex obſeruatione ſecuta robur † addi obligationi,
quæ alioqui non erat efficax vt præclare reſpondit
Ludouicus Romanus *in conſil. 222. adducta d. l. cum fi-
dem. C. de non num. pecun. & l. non dubium. §. 1. C. de teſta-
men. & leg. prima, ſecunda. & leg. veritas. Cod. de fideicom-
miſſ.* Romanum refert & ſequitur Crauetta *in conſ.
425. num. 48. lib. 4.*
Quinta reſponſio eſt hæc, dato, quod pactum il-
lud, non tamen conceſſo, non eſſet efficax ad actio-
nem inducendam, tamen negari non poteſt quin
ſaltem valeat ad iudicis officium implorandum vt
cogat dominum emptorem ad illud obſeruandum.
Nam pactum nudum licet actionem non producat,
16 hoc tamen operatur, vt † iudicis officium implora-
ri poſſit pro eius obſeruatione & executione, vt
declarat optime ac probat Socinus ſenior *in l. legem.
num. 12. Cod. de pactis.* & eſt communis ſententia do-
ctorum à qua in praxi durum eſſet recedere, vt fa-
tetur Cagnolus *in leg. 2. num. 228. Cod. de pactis inter em-
ptorem & vend.*
Sextà reſponſio eſt hæc, nam obſeruandum eſt in
hac noſtra facti ſpecie non iſtud quæri, & in examen
deduci oportere, an pactum de ſolutione facienda
N. actionem producat. Habet enim D. venditor a-
ctionem ex vendito aduerſus emptorem quæ in du-
bium reuocari non poteſt, vt in tertia quæſtione di-
cetur. Sed hoc quærendum eſt, an pactum illud de
ſoluendo precio N. replicationem producat hoc
modo. Actio intentabitur aduerſùs D. emptorem,
vt ſoluat precium, is excipiet forſitàn ſe liberatum
eſſe, quia precium ſoluit Solisbachi. Replicabit a-
ctor idemque venditor, non recte ibi precium ſolu-
tum, quia ex pacto conuento ſoluendum erat N. &
ſic pacto vtetur pro replicatione. Nemini autem du-
bium eſſe poteſt, quin pactum etiam nudum, & ex
17 interuallo factum proſit † actori ad replicationem.
ex l. ſi vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis, ibi. *Et ideo re-
plicatione eliditur exceptio.* Rationem aſſignat Iaſon *in
l. iuris gentium. §. quinimo. numero vigeſimo octauo. ff. eod.
18 tit.* quia ſicut pactum reo prodeſt ad exceptionem,
ita prodeſſe † actori debet ad replicationem, quia in
replicationibus actor cenſetur reus. Hinc eſt, quod
ſicut inſtrumēta debent edi reo ad fundandam eius
exceptionem, ita & actori ad fundandam eius repli-
cationem, vt traditur communiter *in leg. vltima. C. de
edendo.*
Ex his patet Dominum emptorem liberatum nō
eſſe ratione loci; quia non ſoluit in loco conuen-
to, ſed in alio loco de quo nec cōgitatum fuit inter
contrahentes, & contra voluntatem etiam ipſius
Domini venditoris.
Multo minus autem liberatus eſt ratione perſonæ
cui ſoluit. Namque non ſoluit D. venditori cui te-
nebatur ſoluere, ſed Illuſtriſſimo D. Principi, vt in
præmiſſa facti ſpecie continetur. Præclare enim
Diocletianus & Maximianus Imperatores *in invito † vel* 19
*ignorante creditore qui ſoluit alii, ſe non liberat obligatione.
l. inuito. C. de ſolutio.* & ante eos Vlpianus *in l. 9. ff. de
ſolutio.* & poſt iſtos S. Pontifex *in c. eam te. de tutelis &*
res eſt perſpicua.
Sed omnis dubitandi ratio ac difficultas in hoc
conſiſtere videtur, quod D. emptor ſoluit Illuſtriſ-
ſimo Principi ſupradicto, quia ita iuſſiſſe illi dicitur
vt ſolueret, quamobrem videndum eſt an iuſſus di-
cti Illuſtriſſimi Principis eum excuſet & tutum fa-
ciat.
Et hæc eſt ſecunda quæſtio mihi propoſita, quam
proinde nunc tractare & exequi diligenter incipiam,
quoniam ex eius deciſione huius cauſæ merita ma-
xime pendere videntur.
Quantum igitur attinet ad hanc ſecundam quæ-
ſtionem, ſi Illuſtriſſimus D. Princeps, cui facta eſt
ſolutio, ſuperior eſſet D. emptoris, & ei parere ne-
ceſſe haberet, quia ſcilicet eius perſona eius Impe-
rio & iuriſdictioni ſubiecta foret, atq; in ſumma Do-
minus emptor ſubditus eſſet præfati Illuſtriſſimi
Principis, tunc ratio dubitandi aliqua eſſet, (licet il-
la etiam leuiſſima propter circumſtantias caſus no-
ſtri) an liberatus eſſet dictus Dn. emptor, propterea
quod ſoluiſſet præfato Illuſtriſſimo Principi ita iu-
benti ac præcipienti: Nam iuſſus ſuperioris † excuſat 20
debitorem ſi non ſoluit creditori. *l. non videntur da-
ta. §. qui iuſſu. ff. de regul. iur. c. quod quis mandato. de reg.
iuris. lib. 6.* & tradit Glo. *in l. ait prætor. §. 1. ff. de mino-
rib.* Facit tex. *in l. Paula Callimacho. in fine. de leg. 3. & in
l. liberto. §. Lucius. ff. de annuis legatis.* & quod in ter-
minis iſtis reſponderunt Bartolus *in l. creditor. ff. de
ſolutionib. & in tractatu de Tyrannide. quæſtione ſeptima.*
Ancharanus *conſilio 64.* Decius *conſilio vigeſimo quin-
to.* & multi alii quos late commemorat Antonius
Gabrielius *comm. conclus. libro tertio, concluſione vnde-
cima.* & poſt eum Menochius diligenter explicans
*de arbitrariis iudicum. caſu 137. & in conſ. 68. lib. 1. &
conſ. 608. num. 18. lib 7.*
Sed in iſtis terminis nos nequaquam verſamur,
& ideo hæc diſputatio neceſſaria non videtur. Nam
Illuſtriſſimus Dominus Princeps prædictus non eſt
ſuperior, nec vllam habet iuriſdictionem ac impe-
rium in dictum Dominum emptorem, qui N. ha-
bitat & commoratur cum familia, nec ratione ori-
ginis eſt ſubditus præfati Illuſtriſſimi Principis. Ve-
rum duntaxat ratione bonorū iſtorum, quæ poſſi-
det in territorio d. Principis, & ſic ratione feudi, quo
caſu † non dicitur ſubditus Principis, vt eſt præcla- 21
ra deciſio in *Clementin. paſtoralis. de ſententia & re iudi-
cata.* in illis verbis. *Denique licet Rex ipſe terras aliquas
ab Imperatore tenere d[illegible]tur in feud[illegible]m, non tamen in eis
ſed in regno præfato d[illegible]um ſuum fouebat, vnde Im-
perator in ipſius perſo[illegible] nulla ratione terrarum huiuſ-*
modi

modi nisi ex natura feudorum) debitam superioritatem habebat. quibus verbis nihil clarius esse potest.

Et hæc sententia à Doctoribus communiter approbata. Nam quod subditus non dicatur aliquis in casu isto, qui non alia ratione quam feudi subiicitur, respondit † Oldradus *consilio qua'r.... imo tertio.* Innocentius *in c. cæterum. numero quinto. de iudiciis.* Loffredus *cons. 5. num. 52.*

12

Imo nec potest domini feudi iurisdictio quam in eum habet ratione feudi, etiam ex consensu vasalli

13 prorogari † ad alias res & causas diuersas à feudo Panormitan. & Felinus *in c. cæterum. numero ... de iudiciis.* Curtius iunior *in tract. feudorum parte septima, quæstione octaua, numero vicesimo octauo.* Ludolphus Schradeius *de feudis. parte decima, sectione tertia. n. 142.* vbi hanc rationem adfert, quia, inquit, Domino feudi est concessa iurisdictio inter vasallos respectu certi generis, siue respectu certæ speciei causarum, nempe respectu causarum feudalium. *c. 1. §. præterea si inter. de prohib. feudi alien. per Frideric. c. ... de iudiciis. c. ex transmissa. c. verum. de foro compet.* Et ratio est quod iurisdictio alicui concessa respectu

14 certi † generis causarum, ad diuersas causas prorogari vel extendi nequeat. Adducit leges & authoritates, quas hic adscribere non est necesse.

Et hæc conclusio procedit, licet vasallus ratione beneficii quod habet, Domino præstet iuramen-

15 tum fidelitatis. Nam aliud est hoc † iuramentum fidelitatis, aliud vero iuramentum subiectionis & obedientiæ, quam rem ita præclare explicat Andreas Geyl. *de arrestis Imperii. capite septimo, num. ... decimo & sequentib.* vt pro meliori informatione circa hanc nostram facti speciem eius verba adscribenda putauerim. Permagni enim refert vt intelligatur dictum Illustrissimum Principem præfati Domini, emptoris superiorem non fuisse, nec esse, nisi ratione feudi & causarum feudalium: sic igitur doctissimus vir loquitur loco annotato.

Est igitur homagium præstare nihil aliud quam subiectionis & obedientiæ iuramentum subire. *Specul. §. quoniam. numero octauo, & numero vndecimo. de feudis.* Iacobinus à S. Georgio. *tract. de homagiis, numero secundo. cum seq.* Aliud est in iuramento fidelitatis, quod vasallus beneficii sui ratione domino directo præstat tex. *in c. 1. de noua forma fidelitatis. & in c. 1. qualiter vasallus iurare debeat dom. fidel.* In quo iuramento fidelitatis à vasallo domino præstito subiectionis verbum omittitur.

Illud à subdito personaliter Baldus *in l. 1. §. ne autem. numero vigesimo. C. de cadu. tollend.* Zasius *de feudis. parte septima. numero vigesimo primo.* hoc vero à vasallo per procuratorem præstari potest, text. *in c. 1. §. personam. per quos fiat inuestit.* Alexand. *in l. qui bona. §. si alieno nomine. numero vigesimo quinto. de dam. inf.* Baldus & Zasius, *vbi supra.* Illud subditum facit, *c. 1. §. vasalli. de pace constantiæ. Glo. ibi. in verb. vasalli.* Hoc ex communi doctorum sententia non facit. *Clem. Pastoralis. de re iudi.* Innocentius *in c. cæterum. numero quinto. de iudiciis.* Oldradus *consilio quadragesimo tertio. numero octauo. incip. quæritur, virum.* nisi ratione delicti ibi reperiatur, vel domicilii, quo censu vasallus forum sortitur in loco delicti, non quia vasallus, sed quia delictum dat iurisdictionem in loco delicti. *tex. in cap. licet ratione. de foro competen.* Glo. & doct. ibidem. *Glo. not. in c. 1. de raptorib. & tex. in c. 16 contrahentes. de foro compete. in 6. & in l. 3 de offic. Præsid. tex. in authen. qua in prouincia. C. vbi de crim. agi oporteat.* Subditum tamen non facit quia disparia sunt forum sortiri & subditum esse Socinus *in d. cap. licet ratione. numero quadragesimo quinto. cum allegatis in tract. de pignorationibus. obseruatione decima quinta.* Et licet ista differentia in Grāmatophilaciis siue Cancellariis Principum non tam accurate obseruetur, sed vtrorumque literæ, tam subditi quam vasalli pari stylo inscribantur hoc pacto. Dilecto & fideli nostro, hoc est, (Unserm lieben Getrewen.) Ratio quia ambo domino fidelitatis iuramentum præstant, licet diuerso respectu, hic tamen vt subditus, ille vero vt cliens siue vasallus, &c. Attamen illa differentia subiectionis & clientelæ non exiguam quandoque vtilitatem habet, sed magnam in controuersiis subiectionum momentum adfert: sicut in grauissima quadam causa obseruatum memini: Hactenus Andreas Geyl.

Et licet ex hoc fundamento solo bona Domini venditoris causa in tuto sit collocata aduersus emptorem, quia non soluit iussu superioris sui, sicuti loquuntur doctores superius allegati, & in specie tradit Bartolus *in tract. de Tyrannide. quæstione septima, numero vigesimo tertio. vers. si autem potest ei metum.* & post eum Ruinus diserte & clare. *consilio 167. numero octauo, libro quarto.* tamen etiam dato sed nunquam concesso, quod dictus Illustrissimus Princeps superius eiusdem D. emptoris esset, & eius mandato soluisset, non est liberatus, ob alias rationes, quarum quælibet sufficere debet, multo magis omnes simul iunctæ sufficient.

Prima ratio est, quia ipse D. emptor nullam fecit resistentiam Illustrissimo D. Principi, sed statim soluit: quamobrem non dicitur coactus soluisse, sed sponte ac per consequens non liberatur. *argum. l. 2. ff. de iudic. ibi. Aut si cum restitisset quiuis ex litigatoribus vi ibus præturæ compulsus est.* quem text. ad hoc notat Paulus Castrensis, *ibi.* sic dicens. *Nota quod non dicitur coactus facere ille † cui index aliquid iubet, nisi ipse resistat* 16 *iubenti & dicat se non teneri hoc facere, vt ibi in textu si cum restitisset. & facit ad quæstionem quam habui de facto, quia debitor cuiusdam soluit debitum de mandato officialis Tyranni, & cum ille postea reuersus peteret debitum, dicebat se liberatum, quia fuit compulsus alteri soluere, allegabam hunc textum contra ipsum, quia nullam resistentiam fecit, quando illi ... vnde præsumitur sponte soluisse, forte enim si restitisset, destitisset ille à iussu, &c.*

Idem responderunt Decius *consilio vigesimo quinto.* Baldus late *ad l. falsus numero trigesimo. C. de furtis.* Paritius *in c. ex transmissa. numero primo. de precario.* Cagnolus *in l. non videtur. §. qui iussu numero secundo. de regul. iuris.* Afflictus *decis. 150. numero vigesimo quarto.* Carolus Ruinus late *in cons. 147. col. final. libro primo, & consilio 1, .. numero septimo, libro quarto.* Antonius Gabrielius *commun. con. lus. libro tertio. titul. de solutionib. conclus. vndecima. numero vigesimo.* D. præceptor meus Tiberius Decianus *in consil. 48. lib. tertio.* Menochius *de arbitrariis iudic. casu 137. numero decimo quarto.* Calcaneus *in cons. 113 numero tertio.* Iason *cons. 26. col. pen. lib. 3.* & præclare admodum Rota Genuensis *decis. 33. num. 6. & 7.*

Non obstat si dicatur satis constare de diligentia debitoris, & quod soluerit coactus & non sponte, si appareat ei factum pœnale præceptum de soluēdo, vt respondit Dec. *in cons. 25. col. 3. vers. nec obstat huic* qui refert Bartol. *in l. creditor. ff. de solut.* dicentem, excusationem debitoris asserentis se metu soluisse probari, exhibito præcepto † pœnali iudicis, & Bartol. secuti 17 sunt Afflictus *decis. 328. n 3.* Dec. *cons. 468. n. 22. & 48. n. 15. & 690. n. 8.* Ruin. *cōs. 167. n. 7. lib. 4.* Curt. iun. *cons. 126. num. 4.* Menoch. *cons. 68. in fine. lib. 1.*

Quoniam

Quoniam respondetur primo, in casu nostro nullum factum fuisse pœnale præceptum Domino emptori vt solueret, sed fuit ei supplicanti dicta dies, vt iret Solisbachium, & acciperet bonorum emptorum possessionem & precium numeraret, imo fuit etiam Dominus venditor admonitus vt iret, qui se excusauit. Nullum autem præceptum pœnale factum fuit, nec fieri potuit, quia vt iam dixi Illustrissimus Dominus Princeps præfatus in personam Domini emptoris nullam iurisdictionem habuit, nec habet.

Non igitur huic nostro fundamento obstare potest dicta obiectio de præcepto pœnali, in quo articulo, vt id etiam ex abundanti addatur, quoniam aliqui contrarium docuerunt, nota est Antonii Ga-
28 brielii † sententiarum conciliatio, quam ex Curtio iuniore tradit, & nostro proposito optime inseruit. Aut fit proclama generale sub magna pœna, & tunc istud sufficit vt creditor liberetur. Aut iudex specialiter alicui præcipit vt soluat, & tunc tenetur ipse debitor deducere, & allegare suas defensiones, cur soluere non teneatur, ita Gabrielius *lib. 3. comm. conclus. tit. de solution concl. 11. num. 22.*

Secunda ratio est, quia vt iam proxime dictum est, nullum pœnale præceptum factum est à Principe præfato Domino emptori, vt solueret dictum precium, vt proinde metu pœnæ incurrendæ se potuerit excusare: sicut doctores loquuntur, & iura in hac materia vt patet *ex d. l. Paula Calinicho. in fine. l. nouiss. me. ff. quod falso tutore. authen. gestum est. & ex aliis legib. supra allegatis.* quare non dicitur coactus soluisse sed sponte: vt manifeste apparet.

Non obstat si dicatur hoc metuisse Dominum emptorem ne incurreret indignationem præfati Illustrissimi Principis: quia respondebo cum iurisconsulto, metum præsentem † accipere debemus, non
29 suspicionem inferendi eius. *l. metum. 9. ff de eo quod metus causa.*

Nec tanti facere debuit hunc timorem amittendæ gratiæ inanem, & nullius momenti quanti bonam fidem, quam Domino venditori seruare tenebatur secundum placita & conuenta.

Præsertim quod indignatio Principis qui superior non est, & in personam eius non habet vllam potestatem, vani potius timoris speciem præseferre videtur, quam vel minima ex parte ad excusandum valere.

Tertia ratio est, quia Princeps Illustrissimus præfatus non est talis, qui metum incutere iuste possit, siue eius potentiam intueamur, siue personam Domini emptoris: Et ideo non est liberatus solutione
30 facta ex mãdato ipsius, vt in terminis tradunt † Bartolus *dicto tractatu de Tyrannide, quæstione septima, numero vigesimo tertio.* Afflictus *decis. 150. numero decimo quarto.* Menochius *dicto casu 137. num. 17.* Antonius Gabrielius *dicta conclus. 11. num. 2.*

Non obstat si dicatur licuisse Domino emptori soluere Illustrissimo Principi, quia præfatus D. venditor fuit ab eo mulctatus, pœna illa quatuor millium florenorum ob causas de quibus in themate præmisso, nec debuisse ipsum Dominum emptorem solicitum esse, & inquirere an iuste vel iniuste, legitime vel minus legitime mulctatus fuisset. Nam cum bona creditoris confiscata sunt, debitor à fisco exactus liberatur ab omni obligatione, quia fiscus
31 succedit † loco debitoris. *l. si debitor deportat. ff. de fideiussorib. leg. secunda. Cod. ad leg. Iul. de vi.* & tradunt Bartolus *in l. creditor. columna prima. ff. de solut.* Baldus *l. falsus. num. 30. Cod. de furtis.* Afflict. *decis. 150. numero decimo septimo.* Gabrielius *dicta conclusione vndecima, num. 5.*

Nec refert an † confiscatio iuste vel iniuste facta 32
sit, vt per Decium *cons. 10 vigesimo quinto. col. 5. vers. non obstat quod.* quia præsumitur pro sententia. *l. H r. vnum. §. Cata. de euiction.* nec debitoris est sententiam illam in dubium reuocare Menochius *dicto casu 137 numero quinto.*

Nam ad hoc respondeo nullam in casu nostro confiscationem factam esse, sed mulctam irrogatam absenti innocenti non defenso, nullo ordine iuris seruato, sed de iniustitia dictæ mulctæ & processu eius nunc non disputo, quia non est opus ad rem nostram, tantum dico mulctam fuisse non confiscationem. Ex hoc enim statim demonstrabo non licuisse præfato Illustrissimo Principi exigere à Domino emptore tanquam debitore Domini venditoris pecuniam illam, quia fiscus non potest exigere pecuniam à debitore † debitoris sui, nisi in tribus 33
casibus. Primus est quando debitor ipsius fisci soluendo non est. Secundus, quando ex ratione fisci nomina facta probantur. Tertius quando ex contractu fiscali debitores conueniuntur. *tex. in l. non intelligitur. §. mulcta. ff. de iure fisci.* vbi Callistratus *multa principalia* inquit *sunt rescripta, quibus cauetur non aliter fiscum debitorum suorum debitores conuenire, nisi principales debitores defecerint. Vel ex ratione fisci nomina facta liquido approbentur, vel ex contractu fiscali debitores conueniantur*, id declarat optime Peregrinus *de iure & priuilegiis fisci lib. 6 tit. 7 n. 26.*

Hic non versamur in vllo ex iis tribus casibus, quia & Dominus venditor est soluendo, & debitum ratione perperam irrogatæ mulctæ non procedit ex contractu vel ratione aliqua fiscali.

Et præter hæc necesse est, vt fisci debitum sit liquidum, & fiscus debet de suo debito plene docere: nec sufficit quod in libris seu chartulis † ille pro debi- 34
tore reperiatur descriptus. *l. inter chartulas. C. de conuenient. fisci deb. libro decimo.* Peregrinus *vbi supra. numero 27.*

Et debet esse debitum † certum & liquidum. *l. si* 35
debitum. C. quando fiscus vel priuatus. & declarat idem Peregrinus *lo o citato, num. 26.*

Nullum horum in casu nostro affirmari cum veritate potest, quare concludo Dominum emptorem nequaquam liberatum esse: sed conueniri posse à Domino venditore ad soluenda dicta quatuor millia florenorum, de quibus in proposita facti specie fit mentio.

Quod attinet ad tertiam quæstionem, qua actione & in quo loco conueniri debeat. Respondeo conueniri posse ac debere actione ex empto vendito, N.

Primo quia ibi domicilium † habet. *l. 2. Cod. de iu-* 36
risdiction om. iud. ibi. nam vbi domicilium reus habet vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conueniri oportet. *l. vltim. Cod. vbi in rem actio. c. cum sit generale. de foro competen.* Andreas Geyl. *libro secundo, obseruatione trigesima sexta, numero duodecimo*, & res est plana & perspicua.

Secundo quia promisit se N. soluturum, vt supra in prima quæstione dictum est latius, & in facti specie præsupponitur. Constat autem in loco destinatæ solutionis debitorem † posse conueniri. *l.* 37
contraxisse. ff. de action. & obligationib. l. Titium. §. tutores. ff. de administrat. tutor. declarat Couuarruias *practicarum*

ſticarum quæſtionum, capite decimo, numero quinto.

38 Non poteſt autem debitor conueniri † in loco contractus niſi inueniatur. *c. Romana. §. contrahentes. de foro competenti. lib. 6.* & declarat idem Couuar. *loco proxime citato. num. 3.*

Et quia non video vllam prorſus dubitandi rationem, ideo alia non addo, ne in re clara & perſpicua nimis nimius eſſe videar.

Andreas Fachineus Ingolſtadii nomine collegii.

Pro Magnificis Dominis Corbiccis.

ARGVMENTVM CONSILII LIX.

Agitur de contractu reſcindendo in totum aut in totum approbando.

SVMMARIA.

1 *Venditis diuerſis rebus ſi læſio contingat in vna, non propterea reſcinditur contractus in alia.*
2 *Abſolutione conceſſa à iuramento competit l. 2. C. de reſcind. vend.*
3 *Remedium l. 2. C. de reſcind. vend. competit ei quoque qui ſcit valorem rei.*
4 *Læſionis æſtimatio fit habito reſpectu ad totum contractum.*
5 *Læſio non eſt vbi adeſt in vno damnum & in alio lucrum.*
6 *Contractus dicitur vnicus, licet plura contineat pacta.*
7 *Pactum quando ſit correſpectiuum ad contractum.*
8 *Acceſſorium aſſumit naturam principalis.*
9 *Datio in ſolutum eſt correſpectiua contractus præcedentis.*
10 *Contractus eſt indiuiduus & ideo non poteſt pro parte approbari & pro parte non.*
11 *Contractus eſt vnicus cum agitur de eius reſolutione licet multiplex videatur, cum agitur de illius confectione.*
12 *Pactum in contractu appoſitum eſt pars contractus.*
13 *Contractus totus debet reſcindi quando vna pars reſcinditur ſine qua non fuiſſet celebratus.*
14 *Remed. l. 2. C. de reſcind. vendit. non competit ſcienti qualitatem rei.*
15 *Iuramentum an excludat à remedio l. 2. C. de reſcind vend.*
16 *Iuramentum facit vt renunciatio ſit ſpecialis.*
17 *Contractus aut totus ſeruandus aut totus reſcindendus.*

Chriſti Domini noſtri auxilio humiliter implorato.

PROPONITVR ex facto D. Io. Zanfuſcum vendidiſſe quandam poſſeſſionem dominis Corbiccis precio conuento, & accepiſſe in ſolutum pro parte dicti precii certam guadi quantitatem, ad rationem 25. aureorum pro quolibet milliari. Sed dictum guadum non repertum tanti valoris, ſed dumtaxat æſtimationis octo vel circiter aureorum, pro quolibet milliari. Poſſeſſionem autem venditam non eſſe admodum bonam, nec tanti precii quanti vendita fuit. Quamobrem cum venditor in iudicio egerit ad reſciſſionem dictę dationis in ſolutum guadi, propter læſionem vltra dimidiam, fuit inter alia exceptum ac reſponſum pro parte emptorum debere totum contractum conſiderari, & quod attenta qualitate dictæ poſſeſſionis empta non fuiſſet tanto precio, ideoque iſtud compenſandum eſſe cum damno, reſpectu guadi, & ob id non eſſe locum reſciſſioni contractus in ea parte, quæ reſpicit dationé in ſolutum dicti guadi, ſed totum contractum obſeruandum eſſe aut totum reſcindendum. Sed venditor replicauit venditionem debere ſubſiſtere ac firmum manere, reſciſſa tantummodo (vt iniuſtum precium ſuppleatur) in ſolutũ datione dicti guadi, quæritur quid iuris?

Videbatur prima vt aiunt fronte meliorem eſſe venditoris cauſam, ea ratione, quia in dicto contractu videntur eſſe diuerſæ res venditæ & diuerſi contractus, videlicet venditio poſſeſſionis, & venditio ſeu datio in ſolutum guadi, Læſio autem vltra dimidiam non adeſt, niſi reſpectu guadi. Ergo contractus in hac parte tantum reſcindendus videtur ex remedio *l. 2. Cod. de reſcind. vend.* quia vbi ſunt diuerſæ res † venditæ vno contractu, ſi læſio contingat 1
circa vnum, & non circa alium, contractus reſcinditur circa illam, in qua læſio interuenit, quoad aliam vero in qua non interuenit remanet validus ac firmus. Cagnolus poſt Baldum quem citat *in d. l. 2 num. 199 C. de reſcind. vend.*

Nec videbatur obſtare iuramentum in contractu venditionis appoſitum, quia abſolutione † conceſ- 2
ſa competit remedium *dict. leg 2* & concludit Imola *in c. cum contingat. numero quinquageſimo quinto, de iureiur. &c. & in c. penult. numero vigeſimo quarto. de empt. & vend.* Alexand. *in l. ſtipulatio hoc modo concepta. numero decimo. de verbor. obligationib.* Rebuffus *tract. de reſciſſ. contract. art. vnico Glo. 15. num. 42.* Panormitan. & Antonius Butrius *in d. c. cum contingat. numero vigeſimo tertio* Riminald. ſenior *conſ. 122. lib. 2.* Rota apud Caſſiodor. *deciſ. 1. tit. de empt. & vend.*

Hic autem venditor abſolutus fuit à iuramento, igitur potuit agere *ex d. l. 2.*

Similiter neque obſtare videbatur ſcientia qualitatis dicti guadi, quam d. Zanfuſcus habuit, vt ex inſtrumento patet, quia verius videtur remedium *d. l. leg. ſecund.* competere etiam † ei qui ſciuit qua- 3
litatem rei venditæ. Alberic. *in dict. leg. 2. numero duodecimo.* Pinellus *ibidem parte prima, capite ſecundo, numero decimo.* Couuar. *libro ſecundo. variar. reſolut. capite 4. num. 2*

Sed iſtis & ſimilibus non obſtantibus contrariam ſententiam iuri magis conſonam exiſtimo, nimirum in propoſita facti ſpecie meliorem eſſe cauſam D. D. emptorum, & ideo non eſſe locum reſciſſioni contractus circa dictum guadum: ſed totum contractum eſſe conſiderandum, & niſi læſio vltra dimidiam probetur, habita ratione totius contractus, hoc eſt, non tantum precii, quo guadum exiſtimatum fuit, verum etiam precii totius poſſeſſionis, & omnium contractus qualitatum atque circumſtantiarum, non eſſe locum reſciſſioni, quia aut totus contractus eſt reſcindendus, aut totus firmus manere & obſeruari debet. Pro qua ſententia conſuluit clariſſimus & excellentiſſimus Dominus Antonius Portius conciuis & mihi ſemper vti frater honorandus & carus, propter ſingularem eius præſtantiam & perpetuam quæ inter nos fuit neceſſitudinem.

Moueor in hanc ſententiam primo ex traditis per Alciatum *in conſilio 110. numero ſexto.* vbi reſpondit

æstimationem læsionis fieri debere habito respectu
4 ad † totum contractum, non ad illius partem tantum, *argum. l. Maxim. §. vlt. ff. fam. hercis. & not. per Glo.* & Bart. *in leg prim. Cod. comm. diui.* vbi dicit æstimationem fieri debere totius rei, non autem singularum partium, & idem docet Pinell. *in dict. leg. secunda parte 3. cap. fin. numero trigesimo sexto. Cod. de rescind. vend.*

Secundo per tex. *in l. si duorum. vers. sed rectius. ff. de act. empti.* vbi si in eodem contractu contingat læ-
5 sio † circa vnum & lucrum circa aliud, compensari debet lucrum cum damno. Et per illum tex. dixit Bald. *in consilio nonagesimo primo, in fin. libro secundo.* ex eodem contractu compensationé fieri vnius corporis ad aliud, & idem dicit Bald. *in l. sicut. C. de act. emp. numero tertio. & in leg. fin. §. praeterea. numero sexto. Cod. de iure dot.* vbi dicit stante vnitate contractus fieri commixtionem si emptor sit in vna re læsus & venditor in alia. Idem scribit Aret. *in l. scire debemus. col. penult. de verbor. obligat.* & ibi Iason *numero duodecimo.* Parisius *consilio sexagesimo quarto, numero trigesimo octauo, libro primo.* Tiraquellus *de retract. consang. §. vicesimo tertio. Glo. 1. numero decimo septimo.* Pinell. *in l. 2. in tertia parte. cap. secundo. numero duodecimo. & seq. Cod. de rescind. vend.* nec est qui contradicat inquit Surdus *consilio 217. numero decimo quarto. libro secundo.* & idem Surdus *decis. 155. numero quinto & sexto.* vbi dicit iustitiam contractus desumi ex vniuerso contractu, & ideo licet conductor nihil frumenti perceperit ex bonis conductis, si tamen vini multum habuerit, quod sufficiat pro medietate pensionis non consequetur remissionem mercedis, quia quod in vno deest suppletur ex alio, adducit Bald. *in l. licet. quaestione nona. Cod. locati.* & Nattam *consilio 449. numero 3.* vbi dicunt quod si ex frumento nihil sit collectum, sed oleæ tantum fluxerunt quod deest frumento suppleri ex oleæ vbertate, idem Surdus *consilio 282 num. 1. lib. 2.*

Tertio moueor quia contractus dicitur vnicus, li-
6 cet plura † contineat pacta vel capitula, quando eodem contextu, eodem tempore & simul omnia facta sunt. *l. cum eiusdem. l. aediles aiunt. § fin. l. si plures. l. Labeo. §. idem att. de adil. edicto.* Deciius *consil. 45 numero 34.* vbi plures allegat, si ergo vnus est contractus læsio deducenda est à toto, non à parte, & sic licet datio in solutum dicti guadi videatur esse diuersa à venditione prædii, tamen est correspectiua ad illam, & ideo læsio in illa consideranda est habito respectu ad aliam, Alciat. in terminis *consil. 149. numer. 1. & seqq.* Surdus *dicto consilio 217 num 9.*

Quarto quod datio in solutum dicti guadi sit correspectiua ad venditionem prædii certum est, quia
7 pactum dicitur † correspectiuum ad contractum quando tale est, quod tollitur ipso contractu sublato vt declarat Bartol. *in l. iurisgentium. §. quinimo. numero septimo. de pactis.* Alciatus *dict. consilio 149. numero quarto.*

At certum est quod si venditionis contractus resoluetur, ipsa quoque in solutum datio esset nulla, quia deficeret debitum, in quo est fundata, & in quo sustinetur, ergo est correspectiua, quo stante sequitur dationem in solutum rescindi nó posse nisi principalis contractus venditionis cuius respectu facta
8 fuit, & quo solo sustinetur, fuerit rescissus, quia † accessorium sequitur naturá sui principalis, ideo si manet principale firmum, manere debet etiam accessorium, quia assumit naturam principalis in terminis Surdus *cons. 217 num. 10. & 19. lib. 2.*

Et ratio est euidentissima, quia iste est vnicus contractus, non autem plures cum datio in solutum sit correspectiua † principalis contractus vt tradit Cra- 9
uet. *cons. 298. num. 13.* Menochius *cons. 201. num. 175. & seqq. lib. 3.*

Ergo non potest pro parte rescindi, & pro parte non, quia contractus est indiuiduus, & non potest pro † parte acceptari, & pro parte impugnari. Tiraq. 10
de retractu conuen. in fine. num. 4. sed debet in totum acceptari, vel in totum repudiari. Surdus alios citans *decis. 220. num. 25.*

Quinto cum agitur de resolutione contractus habetur pro † vnico licet cum agitur de productione 11
videantur esse plures vt per Bart *in l. scire debemus.* & ibi Iason *num. 4. de verb. obligatio.* Tiraq. *de retract. consang. §. 23. Glo. 1. numero quarto.* Surdus *dict. cons. 217. numero 14. lib. 2.*

Sexto omnia pacta in † contractu apposita sunt 12
pars contractus. *l. fundi partem. de contrah emp* ibi Baldus dicit pactum esse loco precii, Surdus *dicto consilio 217. numero sexto.* Ergo pactum dationis in solutum est pars contractus, de quo agitur, consequenter deducenda est læsio à toto contractu venditionis, non autem à datione in solutum, ita Surdus *vbi supra numero octauo.*

Septimo hæc sententia confirmatur argumento, quo etiam vsus est excellentissimus D. Portius, quia Domini emptores non emissent possessionem illam nisi guadum accepisset D. venditor. Consequenter non potest rescindi datio † in solutum guadi, nisi to- 13
tus contractus rescindatur, vt late deducit Tiraq. *de retractu consanguin. §. 23. Glo. 1. num. 2. cum plurib. sequentib* qui videndus omnino est.

Octauo cum venditor scientiam habuerit qualitatis guadi, sicut ipse fatetur in instrumento, ego non video quo modo possit rescissioné petere, cum scienti & volenti non fiat dolus nec iniuria, nec possit hic allegari enormissima læsio: cú in læsione diiudicanda totus contractus & omnes eius partes considerari debeant, vt supra dixi: quibus consideratis, & præsertim qualitate prædii venditi minime verum est læsionem enormissimam resultare. Quod autem excludatur † à beneficio *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* is 14
qui scientiam habet qualitatis rei venditæ est commun. vt per Gabriel. *comm. conclus. tit. de empt & vend t. conclusione prima, numero septuagesimo octauo.* Osasc. *decis. Pedemont. 40* Thesaurus *decis. Pedemon. 165. numero primo.* Roland. *consilio quinquagesimo nono, numero decimo octauo. libro primo.* Menochius *cons. 1 num 154.* qui alios infinitos citant.

Postremo ego considero iuramentum appositum in contractu cum generali renunciatione omnium legum. Nam omissa disputatione an iuramentum maioris † excludat eum à beneficio *l. 2. C. de rescin.* 15
vend. Certum est quod specialis renunciatio facta remedio *d. l. 2.* excludit ab eius beneficio renunciantem vt tradit Gabriel. *d. concl. 3. de emp. & vend numero nono.* & Couuarr late *variar. resolut. libro secundo, capite quarto.*

Sed iuramentú facit quod renunciatio sit specialis, habet. n. vim expressi & † specialis consensus & 16
clausulæ, omni meliori modo *l. cum pater. §. filius matrem. de leg. 2.* Iason *in l. si conuenerit. de iurisd. om. iud.* Seraphin *de priuileg. iuramenti. priuilegio vicesimo sexto, & priuilegio 158.* vbi quod importat hypothecam specialem, si generali obligationi fuerit adiectum, ita igitur importare debet specialem renunciationem huic beneficio *d. l. secund. C. de rescin. vend.* quia iste est

melior

melior modus, qui possit considerari pro validitate & obseruatione contractus.

Quibus ita stantibus, non obstant in contrarium adducta, & primo, quod vbi sunt plures res venditæ, si læsio sit in vna, non rescinditur venditio quoad alias, quia aduertendum est hoc procedere, quando vnus & idē venditor distinctè vendidit plures res principaliter, ita vt conuentio super vna non sit correspectiua respectu alterius, tunc verissima est conclusio: sed quando, vt in casu nostro, contractus habet plures partes, & plura pacta, quæ sunt correspectiua, ita vt vnus contractus absque altero factus non fuisset, tunc secus est dicendum. Debet enim considerari vt vnus contractus, & totus rescindi aut
17 totus † conseruari. Decius *consilio 421.* Tiraquellus *d. §. 23. de retractu consang. Glo. 1. numer.* [illegible] *cum seqq. cum aliis supra citatis.*

Non obstat quod dicebatur cōpetere hoc remedium etiam scienti rei valorem & iuranti, quoniam in contrarium se habet communis opinio, vt supra deductum est, & quoad iuramentum, vltra deducta per D. Portium: considerandum etiam est, quod ego dixi, scilicet illud coniunctum cum renunciatione generali habere vim specialis renunciationis, quæ procul dubio excludit à beneficio *d. l. 2.*

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Ciui N.

Argumentum Consilii LX.

Adulterium sufficere vt probetur per indicia ad effectum vt mulier dotem amittat.

Summaria.

1. *Mulier propter adulterium amittit dotem.*
2. *Adulterium est grauissimum crimen.*
3. *Debet probari.*
4. *Est difficilis probationis.*
5. *Non probatur adulterium per testes de auditu.*
6. *Etiam si ex ore adulteri audierint testes.*
7. *Confessio non probatur per testes singulares.*
8. *Confessio extra iudicium facta non probat crimen.*
9. *Pernoctatio mulieris extra domum viri sufficiens indicium adulterii.*
10. *Adulterii suspicio sufficit vbi agitur ciuiliter.*
11. *Confessio adulteri, probat adulterium in causa ciuili.*
12. *Confessio extra iudicium iure canonico probat.*
13. *Confessio extra iudicium facit indicium delicti.*
14. *Malus semel, semper malus præsumitur in eodem genere.*
15. *Adulterium probari per suspiciones sufficitur ad amittendam dotem.*
16. *Præsumptiones sufficiunt in ciuilibus.*
17. *Imperfectæ probationes iunguntur ad probādum adulterium.*
18. *Per testes de auditu adulterium non probari, quomodo procedat.*
19. *Adulterium probatur per confessionem socii criminis.*
20. *Adulterium probatur per testes singulares, & singularitas testium adminiculatiua non obstat.*
21. *Confessio extra iudicium delicti est indicium ad torturam.*

Facti species.

Lucretia vxor Ioan. Balthasaris N. aufugiit ab eo animo adulterium committendi, qua de re querelam præfatus Ioan. iudicialiter exposuit & petiit eam dote priuari iuxta dispositionem iuris.

Fatetur ipsa pernoctationem extra domum viri sui sine consensu ipsius, sed pro sui defensione allegat se id fecisse metu, ne occideretur à marito suo, sed hanc excusationem non probat.

Præterea testes examinati sunt, quod deposuerunt ipsam Lucretiam confessam fuisse, se adulterium cōmisisse cum certa persona, ab eis nominata, & id etiam adulterum fassum fuisse. Præsupponitur præterea dictam mulierem, antequā matrimonium contraheret cum prefato Ioanne, meretriciam vitam ac turpem egisse.

Quib omnib. ita stantibus, quæritur vtrum adulterium sufficienter sit probatum, ad effectum, vt mulier amittat dotem; eamque maritus lucretur.

Christi Domini nostri auxilio humiliter implorato.

Hvivs consultationis cardo in eo versatur an probatum sit sufficienter adulterium in hoc iudicio ciuili, in quo agitur ad amissionem dotis. Nam si probatum sit, sequitur mulierem dotem † ami- 1
sisse, quia ita iure cautum est. *c. plerunque de donat. inter vir. & vxorem. l. cum mulier. ff. sol. matr. l. consensu. §. virum. C. de repud.* & tradunt omnes Doctores passim Ioan. Lupus inter alios late *in rub. de donat. inter vir & vxor. §. 20.*

Videbatur mihi prima fronte adulterium non esse probatum plene & sufficienter. Nam † adulte- 2
rium crimen est grauissimum *cap. prim. 81. distinction. c. quid in omnibus. 32. quæstion. septima.* & tradit Baldus *in c. at si Clerici. §. de adulter. colum. penult. de foro competenti.* Bartolus *in Rub. ad l. Iul. de adulter.* Boerius *quæstione vicesima tertia. numero 73.* & probrum dicitur *in l. probrum. de verb. signific.*

Consequenter probationes luce meridiana clariores esse debent. *l. vlt. C. de probatio.* videturque requiri, vt mulier in ipso actu deprehendatur, siue in
ipsa † turpitudine *argum. l. quid ait. & l. marit. §. 1. ff. ad leg. Iul. de adult.* Quod & ll. diuinis consentaneum videtur *Leuitic. capite vndecimo.* ibi *si deprehensa fuerit in stupro.* Imo Iudæi causam huiusmodi ad Christum deferentes *Ioan. capite octauo.* nisi sunt his verbis. *Deprehensa est in ipso actu adulterans.* 3

Hinc tradit Bosellus *inter cons. Baldi 445. libro secundo.* non probari adulterium ex † eo quod iuuenis 4
fuerit inuentus in camera dispectoratus, & caligis dissolutis, etiamsi ianua esset clausa, & mulier negaret iuuenem ibi esse, refert & sequitur Crauetta *consilio 205. numero vicesimo secundo.* & est communis sententia, vt post alios quos adducit testatur Mascardus *de probationib vo um. prim. conclusione 57. numero quinto.*

Nec videbatur obstare depositio trium testium in actis examinatorum, de auditu, quod ista mulier commiserit adulterium, quia adulterium non probatur per testes de auditu, etiā si deponerent de † au- 5
ditu

ditu confessionis adulteræ. Iason *consilio vicesimo secundo, numero tertio, libro primo.* Mascardus *de proba. volum. prim. conclusione sexagesima secunda, numero quar-*
6 *to.* & quod adulterium non † probetur per confessionem adulteræ vel adulteri, probatur ex not. per Roman. *consilio* 167. Parisius *consilio* 137. *numero vicesimo octauo, & vicesimo nono, libro quart.* Franciscus Herculanus *in tractat. de probat. negat. num.* 198. *vers. decimo quarto.* fallit Siluanus *consilio quinquagesimo, numero quadragesimo primo.* quos in hanc sententiam adducit Mascardus *de probationib. vol.* 1. *conclusione sexagesima quarta. num.* 13.

His accedit, quod testes de dicta cõfessione adulteræ, & adulteri confitentis sunt singulares, nam non deponunt de vna confessione sola facta eadem die & loco, & sic non sunt contestes, sed singulares, quilibet scilicet deponendo de vna confessione.

7 Consequenter † non probatur talis confessio ad trad. per Alexand. *consilio trigesimo nono, numero octauo, libro quinto.* Ruinus *consilio septuagesimo secundo, numero quinto, libro quarto.* Parisius *consilio sexagesimo, numero quadragesimo quinto, libro quarto. & 57. num. 4. eod.* Crauetta *cons.* 267. *num.* 6.

Denique confessio extra iudicium facta, parte
8 absente † non probat delictum, vt docet Abb. *in c. de hoc. de Simonia.* Rota *decisione prima, tit. de confessis. in nouis.*

Sed istis non obstantibus contrariam sententiam, re mature considerata, & perpensa, iuri magis consentaneam existimo, nimirum adulterium in proposita facti specie satis sufficienter probatum esse, ad effectum, vt maritus, qui detulit querelam, lucretur dotem.

Mouet me in hanc sententiam: Primo, quia satis constat ex actis & processu, mulierem hanc pernoctasse, imo discessisse à marito sine iusta causa, & absque illius voluntate, & consensu.

Ex sola vero pernoctatione extra domum viri, sine eius consensu dicitur esse probatum adulterium,
9 ad hunc † effectum, vt mulier dotem amittat. *l. consensu.* §. *vir quoque. iuncto* §. *vinum etiam. Cod. de repud.* Felinus *in cap. preterea. de testibus.* Angel. *in* §. *minores. in authen. de nupt.* Decius *consilio* 577. *numero decimo.* Boerius *decis.* 97. *numero nono.* Menochius *consilio trigesimo primo, numero vicesimo tertio.* Baldus *consilio* 221. Nam quanquam *libro secundo* vbi respondit ex solo
10 discessu à marito † vsque eo mulierem in adulterii suspicionem incidere, vt dotem amittat. Gratus *consilio quinquagesimo, numero primo, libro secundo.* Alexand. *consilio vicesimo quinto. in fin.* Mascardus *de probat. vol. primo. concl.* 60. *num.* 1.

Secundo moueor, quia ex depositione testium in processu examinatorum, probatur, mulierem
11 istam, & adulterum † confessos fuisse adulterium, talis enim confessio extra iudicium facta, & absente parte facit maximum indicium veritatis, vt in terminis considerat Socinus iunior *consilio trigesimo secundo. lib.* 2.

Præsertim, cum causa tractetur in foro ecclesiastico, in quo ius canonicum seruatur, ex æquitate
12 vero † canonica confessio extra iudicium & parte absente plene probat *iuxta Glo. in cap quoties.* 1. *quæstione septima.* & est communior sententia. teste Felin *in cap. si cautio. colum. septima. vers. fallit secundo. de fide instrumentor.* latissime adductis authoritatibus. Dominus Cæphalus *consilio* 297. *numero quinto, libro secundo.* alios citans Ioseph. Lud. *decis. nona. num. sexto. quæstione prima.*

Et quod confessio extra iudicium facta, indicium maximum præstet delicti perpetrati, complures † id 13
affirmantes ex communi doctorum sententia adducit Mascardus *de probatio. volum.* 1. *conclus.* 350. *numero secundo & tertio.* vbi, quod saltem facit indicium ad torturam.

Tertio moueor, quia † semel malus semper præ- 14
sumitur malus in eodem genere mali. *cap. semel malus. de regul. iur. num.* 6. late doctores afferens Mascardus *de probationib. volum.* 1. *conclusion.* 222. *numero* 22. Cum ergo præfata mulier ante matrimonium contractum turpem, ac meretriciam vitam duxerit, verisimile videtur esse in præsenti, eam commisisse adulterium, ex tot argumentis, quæ in processu continentur.

Quarto in hanc sententiam confirmor magis ex communi & vera sententia, quæ docet, cum agitur de probando adulterio ciuiliter, hoc est, ad effectum dotis amittendæ, suspiciones esse ad hoc sufficientes, vt probatur *in c. dixit Dominus.* 32. *quæst.* 1. ibi, *vbicunque igitur fornicatio est, vel fornicationis † suspicio vxor* 15
libere dimittatur. & tradunt *in rep. leg.* 2. *ff. solut. matrim.* Crotus *numero decimonono.* Parpalea *numero vicesimo tertio.* Petrus Barbossa *numero sexagesimo primo. in princ.* Menochius *consilio trigesimo primo. numer.* 18. 19. 20. 21. 22. *& seq. lib.* 1.

Et ratio est, quia † in ciuilibus præsumptiones suf- 16
ficiunt. Gratus *consilio* 136. *numero vicesimo secundo. libro primo.* Alciatus *de præsumpt. reg.* 2. *præsumpt. nona. num. quinto.* Boss. *de conuictis. num.* 50. Menochius *de recup. remed.* 15. *num.* 395.

Negari autem non potest, quin ex contentis in processu maximæ præsumptiones & sufficientes resultent contra mulierem istam quod commiserit adulterium, quæ proinde sufficere debent, præsertim cum adulterium sit difficilis probationis, & ideo solis indiciis, & coniecturis probetur. *c. preterea. de testib. l.* 1. §. *vlt. ff. de adulteriis.* & probationes imperfectæ hoc † in casu simul iungi possunt ad faciendam ple- 17
nam probationem, vt respondit Socinus iunior *in consil.* 32. *num.* 12. *libro* 2. Menochius *d. cons.* 31. *num.* 19. *lib.* 1.

Quibus sic stantibus non obstant superius adducta, quæ nobis ansam dubitandi fecerunt.

Nam quod primo dicebatur adulterium esse grauissimum crimen, & idcirco requiri in eo probationes efficaciores, locum habet, quando criminaliter agitur. secus autem si ciuiliter, quia tunc præsumptiones sufficiunt, vt patet ex superius dictis, & declarat Mascardus *d. concl.* 57. *num.* 5.

Non obstat secundum argumentum quo diceba-
tur adulterium non † probari per testes de auditu, li- 18
cet deponerent, se audiuisse ab ipsa adultera, nam Iason *in consilio vicesimo secundo, libro primo,* quem citat Mascardus hoc non dicit, & loquitur in terminis longe diuersis.

Quod vero attinet ad alios doctores in arguméto citatos ex Mascardo similiter non obstant, quia loquuntur, quando criminaliter agitur, ob hoc volunt depositionem socii criminis, puta adulteri, non sufficere ad condemnationem alterius, videlicet ad torturam, sed nostra quæstio est de † causa ciuili, 19
cum scilicet agitur ad amissioné dotis propter adul-

terium

tertium, quo casu confessio ipsius adulteræ extra iudicium facta, indicium est veritatis, & sufficiens est, vt respondit Socinus iunior *d. cons. 32. lib. 2.* & alii superius citati.

Non obstat, quod ter io dicebatur eiusmodi confessionem probatam non esse, quia testes sunt
20 singulares, nam hæc non est singularitas † obstatiua sed adminiculatiua, quando scilicet ex depositione testium de pluribus confessionibus emergit semper idem effectus, tunc enim licet testes singulares sint in loco, & tempore, tamen probant, quia conueniunt in facto principali Crauetta *consilio 267. numero sexto* Mascardus multos alios citans *de probationib. volum. 1. conclus. 329. numero vndecimo.* quibus addi potest Iosephus Ludouicus *decis. Perusina 9. num. 9. cum seq.* imo adulterium probari per testes singulares tradit Bursatus *consilio sexagesimo nono, numero duodecimo.*

Non obstat quod vltimo dicebatur, confessionem delicti factam extra iudicium non probare delictum, quia hoc verum est, quando criminaliter a-
21 gitur, tunc non sufficit † ad condemnationem, sed ad torturam, vt per Mascard. *de probationib. numero primo. conclusion. 350. numero tertio.* secus vbi agitur ciuiliter præsertim ex æquitate canonica, quæ seruanda est in foro ecclesiæ, quia tunc per confessionem factam extra iudicium, etiam parte absente inducitur probatio, vt deductum & probatum est ex iam dictis.

Ita iuris esse existimo ego Andreas Fachineus V. I. D. & iuris Cæsarei Professor ordinarius horis vespertinis in celeberrimo Pisano Gymnasio, in cuius rei testimonium subscripsi & obsignaui.

Pro Dominis de Sartris Bononiensibus.

ARGVMENTVM CONSILII LXI.

De testamento non publicato, an & quando valeat.

SVMMARIA.

1 *Testamentum non publicatum non valet.*
2 *Est communis opinio.*
3 *Licet fuerit à testatore dictatum testibus præsentibus.*
4 *Et dicitur imperfectum ratione voluntatis.*
5 *Sed contra.*
6 *Declaratur hæc contraria opinio.*
7 *Et conciliantur opiniones.*
8 *Alia conciliatio.*
9 *Quid iuris cum testator destinauit publicari.*
10 *Quid si per testes probetur.*
11 *Testes quot requirantur ad probandum testamentum.*
12 *Testes quot requirantur ad probandum codicillum.*
13 *Testamentum imperfectum non valet quoad substitutum pupillarem.*
14 *Clausula Actum, &c. quid importet in testamento.*

Excellentißimi Domini.

TESTAMENTVM de quo agitur est nullum, nec potest sustineri in vim codicillorum, quia non fuit † publicatum, prout destinauerat ipse testator, cum dixit ad notarium. *publicate quanto à i legati pii, il resto lo publicaremo domattina,* id est, *publicate ea, quæ spectant legata ad pias causas, in crastinum reliqua publicemus.* text. in *l. fideicommissa. §. quoties. de leg. 3. & in l. hac consultißima. §. at cum humana fragilitas. Cod. qui testam. facere poss.* & ibi notat Salycetus *numero quinto,* & Castrensis *numero tertio.* eundem text. ad hoc perpendit Ruinus *consilio primo, numero decimo tertio, libro tertio.* 1

Et quod testamentum non publicatum sit † nullum, est communis doctorum sententia Angelus Aretin. *de testam. ver. lectum & perfectum.* Ruinus *dicto consilio primo, numero septimo, libro tertio.* Angel. *consilio 275. thema sup. r quo. numero secundo.* Collegium Patauinum *inter consilia Ziletti vltimar. voluntat. consilio primo, libro primo.* D. Cæphalus *consilio 409. numero nono & sequentib. libro tertio.* Menochius *consilio trigesimo septimo. num. 122. & consilio quadragesimo secundo, numero decimo sexto. & consilio quadragesimo quinto, numero 29. & cons. 224. num. 12. & de præsumptionib. libro quarto. præsumptio. quinta, numero septimo.* Mascardus *de probationib. vol. 3. concl. 1352. n. septuagesimo quarto.* D. Decianus *consilio vicesimo primo, num. 47. libro secundo.* Surdus *decis. 292. per totum.* 2

Et hæc conclusio vsque adeo vera est, vt procedat etiam si in præsentia testium fuerit à testatore † dictatum, qui testatoris voluntatem audierint. Hoc enim non sufficit; sed debet iterum legi totum à notario præsentibus testibus. ita Castrensis *in l. si is qui. numero tertio. vers. si autem testes fuerunt præsentes. ff. de testamen.* Ruinus *consilio primo, numero septimo, libro tertio.* & ibi Campegius *in subscriptione num. 16.* Decius *consilio 159. numero tertio.* Cato Saccus *inter consilia Ziletti vltimar. voluntat. consilio 121. numero nono.* Dominus Cæphalus *dicto consil. 409. numero decimo tertio. libro tertio.* 3

Amplius hæc nullitas testamenti non publicati dicitur † imperfectio voluntatis, non autem defectus solennitatis, quæ causa est, vt nec iure codicillorum sustineri valeat, licet in eo clausula codicillaris fuerit adscripta; vt habetur in *d. l. fideicommissa. §. quoties. de leg. 3.* tradunt Grammatic. *decis. 61. numero quinto.* Angelus *consilio 400. testator. colum. 2. vers. quia notarius.* Alexand. *cons. 76. numero decimo. libro tertio. & 105. numero tertio, & octauo libro septimo* Decius *consilio 59. & 488. numero decimo quinto. & 626. in fin. & in c. 1. num. decimo quinto. de fide instrument.* Guido Papæ. *cons. 55. numero tertio. & cons. 234.* Corneus *consil. 18. col. 3. vers. nec obstat dictum. libro tertio.* Iason *consil. 68. colum. vlt. lib. primo. & consilio 155. numero quarto, & quinto, libro quarto.* Ruinus *consilio 15. num. 11. libro secundo. & cons. primo, numero octauo, libro tertio.* & ibi Campegius *in subscriptionib. num. 16.* Couuar. *in c. relatum. 1. num. 11. vers. secunda conclusio de testamen.* Clarus *§. testamentum. quæstione septima. vers. aliquando & tertio.* Gabriel. *commun. conclus. tit. de testament. conclus. nona, numero tertio.* Menochius *consilio quadragesimo secundo, numero decimo quinto. & de præsumptionib. libro quarto. præsumpt. quinta, numero septimo. vers. sextus est casus.* Surdus *consilio 258. lib. 2. & decis. 292. sub numero vndecimo.* 4

Et licet aliqui contrarium dixerint, hoc in casu testamentum † esse imperfectum ratione solenni- 5

tatis, non autem voluntatis, ex doctrina Bart. *in d. l. fideicommiſſa. §. quoties. de leg. 3. & in l. ſi is, cui. ff. de teſtament.* in quibus locis dixit valere inter liberos, vt per Gabriel. *d. concl. 9. de teſtam.* Craſſus §. *teſtamentum. q. 12. in fin.* D. Zunthius compater meus *in conſ. pro vxore. num.* 288. Curtius iunior *conſ.* 404. *lib.* 3.

Tamen iſtorum ſententia locum habete poteſt,
6 quoad liberos, inter † quos pater teſtatus eſt. Nam quantum ad eos, quælibet coniectura voluntatis paternæ ſufficit. *l. vlt. C. fam. herciſc.* & ideo etiam imperfectum teſtamentum obtinet. *l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. de teſtam.* & ſufficit ſchedula manu patris abſque teſtibus, iuxta tex. *in authen. de teſtam. imperfect.* vt bene declarat Baldus redarguens Bartolum *in authen. quod ſine. num. 1. C. de teſtam.*

Et ita opiniones conciliantur, vt inter liberos de-
7 fectus † publicationis non ſit defectus voluntatis ſed ſolennitatis, quantum vero ad extraneos ſit defectus voluntatis, non ſolennitatis. Ruinus *conſ. 1. n. 9. 10. & 11. lib. 3.* D. Cæphalus *d. conſ. 409. n. 15. & 16. lib 3.*

Item vt ſit defectus ſolennitatis non voluntatis,
8 quando ſchedula † ſcripta fuit manu teſtatoris, ſin autem ſcripta ſit manu alterius vt in caſu noſtro, dicitur eſſe defectus voluntatis, ita idem Ruinus *conſil. 7. n. 8. 9. lib. 3.* D. Cæphalus *conſ. 99. num. 20. libro 1.* Menochius *conſ. 224. num. 42.* Socinus iunior *conſilio 144. num. 58. lib. 2.* D. Zunthius *d. conſilio pro vxore. numero* 301.

Sed in caſu noſtro res eſt prorſus clara ac indubitata, eſſe defectum voluntatis & non ſolennitatis, quia non verſamur in ſimplici defectu publicationis teſtamenti, ſed accedit alia circumſtantia, quod teſtator voluit & deſtinauit illud publicari debere, differens ipſam publicationem in diem ſequentem, ex
9 hoc enim ſequitur † ipſum teſtatorem non habuiſſe illud pro perfecto & abſoluto ante publicationem factam, vt in terminis Paulus Caſtrenſis *conſ. 75. lib. 1. & conſ. 450. num. 2. lib. 2.* Corneus *conſ. 118. colum. 3. lib. 3.* Iaſon *conſil. 155. num. 3. & 4. lib. 4.* Surdus *d. deciſ. 292. num. 16* Menochius *de præſump. lib. 4 præſumpt. 5. num. 7. verſ. ſextus eſt caſus circa finem.* Creſcentius *deciſ. 3. tit. de teſtamentis.*

Non obſtat ſi dicatur hæc procedere quando teſtamentum probatur per inſtrumentum, ſecus ſi per
10 teſtes † probetur, vt dicebat D. Zunthius in *d. conſil. pro vxore. n. 304.* & poſt eum Rota, *nouiſſima deciſ. 173. in 2. parte. num. 5.*

Quia reſpondetur multis modis & primo teſtamentum hoc prætenſum non probari teſtibus, quia
11 ad † probandum teſtamentum requiruntur ſeptem teſtes, hic autem tantum tres deponunt, Ruinus in terminis noſtris. *d. conſ. 1. num. 12. lib. 3.* tradunt Iaſon & alii. *in l. 2. & in l. errore. C. de teſtamen.* latiſſime Maſcardus *de probationib. vol. 3. concluſ. 1352. numer. 14.* Simon de Pretis *de interpret. vlt. volunt. lib. 2. dub. 2. ſol. 3. n. 11. & lib. 5. dub. 4. & vlt. num. 94.* & cum in codicillis
12 quinque † teſtes requirātur. *l. vlt. C. de codicill.* ſequitur aſſertam hanc diſpoſitionem non poſſe probari per teſtes tanquam codicillum, cum de ea non deponant quinque teſtes, ita Crauetta *conſ. 944. n. 14. lib. 5.*

Nec dicatur alios teſtes eſſe mortuos, & ideo examinari nō poſſe. Nam quid ad nos? ſufficit teſtamentum non probari per ſeptem teſtes ſicut de iure requiritur. Nec enim cautum reperitur quod teſtamentum per teſtes probandum habeatur pro probato ſi teſtes fuerint mortui. Mortuis enim teſtibus poteſt probari per inſtrumētum, imo etiam viuis teſtibus, licet non examinentur, quia ſolum inſtrumentum ſufficit ad probandum teſtamentum. Sed nunc ſupponimus debere probari per teſtes, non autem per inſtumentum.

Secundo reſpondetur dictos tres teſtes pati multas ac varias exceptiones, tam in perſonis quam in dictis eorum, vt ex depoſitionibus & contrarietatibus eorum apparet, quod alii Domini Conſulentes late deduxerunt ad quos breuitatis cauſa me remitto.

Tertio reſpondetur in caſu noſtro teſtamentum per teſtes probari non poſſe, quia fuit imperfectum ratione voluntatis teſtatoris, non autem ratione ſolennitatis. Nam non eſt hic defectus publicationis ſimpliciter, ſicut erat in caſu Rotæ Romanæ, ſed defectus publicationis à teſtatore deſtinatæ in ſequentem diem, quæ poſtea facta non eſt, talis defectus eſt imperfectæ voluntatis, non autem ſolennitatis, vt ſupra deduxi.

Qua ratione tollitur obiectum ex Caſtrenſi *conſilio 307. lib. 1.* & traditis per Vaſquium *de ſucceſſionum creatione. part. 1. lib. 2. §. 14. num. 41.* vbi dicunt teſtamentum etiam non publicatum valere, quando teſtes à principio rogati audiuerunt teſtatoris voluntatem.

Nam in caſu noſtro tantum tres deponunt, de dicta teſtatoris voluntate, non autem omnes ſeptem, prout de iure requiritur.

Et dato, non conceſſo, quod ipſis præſentibus dictauerit ſuam voluntatem, tamē quia ſubiunxit notario, vt eam publicaret, quoad legata pia, dicens, *il reſto publicaremo domattina*, id eſt, *in craſtinum reliqua publicemus.* apparet, teſtatorem non habuiſſe voluntatem pro perfecta, & abſoluta, ante publicationem quæ fieri debebat.

Et ideo non intrat in caſu noſtro doctrina Caſtr. *d. conſ.* 307. quia in caſu ſuo non aderat illa circumſtantia dilatæ publicationis teſtamenti ex mandato teſtatoris.

Sed potius intrat eiuſdem Caſtrenſis doctrina *in conſilio 75. lib. 1. & 450. lib. 2.* vbi concludit pro nullitate teſtamenti ex defectu publicationis non factæ, quæ fuerat dilata in aliud tempus per teſtatorem, dicens ante eam teſtatorem non habuiſſe ſuam voluntatem pro perfecta.

Similiter nec Vaſquius loquitur in terminis noſtris, quando concurrit iſte defectus publicationis à teſtatore deſtinatæ, vt videri poteſt.

Non obſtat etiam ſi dicatur hic agi de teſtamento inter liberos, etiam reſpectu ſubſtitutionis pupillaris eis factæ, de perſona fratris teſtatoris, quia talis ſubſtitutio dicitur eſſe fauorabilis pupillis.

Quia in terminis habemus contrarias deciſiones doctorum, videlicet nō valere teſtamentum imperfectum quoad † ſubſtitutum pupillarem, qui non 13
eſt de liberis teſtatoris, Bartol. *in l. 2. num. 18. ff. de vulg.* Campegius *in ſubſcriptione ad conſ. Ruini, 1. num. 28. lib. 3* Caſtrenſ. *conſ. 374. in 2. dubio. lib. 1.* Corneus *conſilio 238. col. 5. lib. 4.* Crauetta *conſ. 944. in fine libro quinto.* Boerius *deciſ. 241. in princip.* vbi alios citat & de communi teſtatur.

Non obſtat quod reſpondit Antonius de Prato. *conſ. 73. inter conſ. Alex.* & Alexander *in conſ. 74. lib. 1.*

Quia præter reſponſionem quam Surdus attulit *d. deciſ.* 292. reſpondeo iſtos loqui, quando teſtamentum fuit publicatum teſtibus, ſed tamen teſtator illud ſuſpendit dicens notario nō facias aliquid vſque cras, vt bene declarat Menoch. *de præſump. lib. 4. præſump. 5. num. 6. verſ declaratur ſecundo.*

Sed in

Sed in caſu noſtro teſtamentum non fuit teſtibus publicatum, vt iam dixi, ſed voluit publicari altera die: ergo non licet argumentari de caſu, in quo teſtamentum fuit publicatum coram teſtibus ad caſum in quo publicatum non fuit. Hæc enim tantum inter ſe differunt, quantum diſtat album à nigro.

Non obſtat denique ſi obiiciatur teſtamentum
hoc perfectum fuiſſe, quia eſt in eo appoſita per no-
14 tarium clauſula, *Actum &c.* quæ denotat † actus per-
fectionem, licet teſtamentum non ſit lectum teſti-
bus & teſtatori, vt conſiderauit Caſtrenſ. *d.conſ.* 307.
*lib.*1. quem refert & ſequitur Maſcard. *de probatio. vol.*
*3 concl.*1352.*n.*83.

Quoniam in claris non eſt opus coniecturis. Hic ſumus in claris quod teſtator iuſſit teſtamentum publicari quoad legata pia, quoad alia vero voluit & mandauit publicari die ſequenti: quo ſtante apparet fuiſſe imperfectum, vt ſupra late deduxi.

Et ideo clauſula *Actum &c.* non probat publicationem, quia ſcripta fuit per notarium credentem ſe publicaturum, quod poſtmodum non publicauit, ſuperueniente morte. Corneus in terminis *conſ.* 226. *lit. E. vol.*3. *& q.* 3. *lit. B. lib.*2. Pariſius *conſ.* 27. *n.* 16. *lib.* 2. D. Cephal. *conſ* 409. *n.* 14. *libr.* 3. Menoch. *conſil.* 42 *num.* 15. *&* 224. *numero* 31.

Et ex his ni fallor omnia ſunt ſublata quę concluſioni ſupra firmatæ obiici poſſe videntur, & clara remanet ipſa concluſio textibus & communibus doctorum ſententiis fulcita & confirmata, ſecundum quam iudicatum iri confido ab excell. Dn. meis pro ſolita prudentia & iuſtitia.

Andreas Fachineus Piſis nomine collegii.

Relatio in cauſa commiſſa.

ARGVMENTVM CONSILII LXII.

De foro competenti in cauſa laici & clerici, & vbi clericus comparet pro ſuo intereſſe.

SVMMARIA.

1 *Clericus & laicus ſi cauſam communem habent, tota ab eccleſiaſtico cognoſcenda.*
2 *Hypotheca eſt indiuidua.*
3 *Poſſeſſio eſt indiuidua.*
4 *Cauſa dicitur eſſe connexa & coniuncta, vbi plures conueniuntur.*
5 *Clericus vbi pro ſui intereſſe comparet eſt idem ac ſi conuentus eſſet, ideoque cauſa cognoſcenda eſt à iudice eccleſiaſtico.*

Reuerendiſſime Domine.

ELECTVS ſum in acceſſorem R.D.V. ſuper articulo cauſæ vertentis inter Dn. Hieronymum Blancum Mediolanenſem ex vna, & Reuerendas Moniales Sancti Matthæi & Sancti Martini ex altera, vtrum videlicet ad inſtantiam præfatarum monialium nominibus & ex cauſis de quibus in actis inhibendus ſit iudex ſæcularis coram quo incepta eſt dicta cauſa, ac prohibendus, ne vlterius in ea procedat, eo quod tota hæc cauſa propter dictarum monialium interuentum pertineat ad forum eccleſiaſticum R. D. V. an vero dicta petita inhibitio ſit neganda. Vnde ego electione & commiſſione mihi data, viſo etiam proceſſu cauſæ, & aliis videndis, omnibuſque diligenter perpenſis & examinatis refero & conſulo R. D. V. vt petitam inhibitionem concedat totamque cauſam ipſa cognoſcat & diiudicet tanquam pertinentem ad forum ſuum eccleſiaſticum propter intereſſe ac interuentum præfatarum monialium, abſoluendo tamen partem in hoc articulo victam ab expenſis factis, propter probabilem cauſam ſuper eo litigandi quam habuiſſe videtur.

Cauſa vero quæ me in hanc ſententiam impellit
hæc eſt, quia ſecundum communem doctorum ſen-
tentiam vbicunque clerici & † laici cauſam habent 1
ſimul connexam & indiuiduam tota eſt cognoſcen-
da à iudice eccleſiaſtico, vt reſpondit Socinus Senior
in conſilio 18. *numer.*17. *libro primo.* & Cranetta alios ci-
tans *in conſ.* 232. *in principio.* Didacus Couar. *pract. quæſt.*
cap. 34.

Sed in præſenti caſu viſum eſt mihi cauſam moni-
alium eſſe connexam ac indiuiſam cum cauſa laico-
rum: primo quia agitur de hypotheca † domus, quæ 2
proculdubio indiuidua eſt *leg. quam diu. C. de diſtract.*
pignor. & tradit Socinus ſen. *in conſilio* 82. *numero* 10.
libro tertio. Afflictus *deciſ.* 213. *num. quarto. & ibi* Vrſill.
in addit.

Secundo quia Dn. Hieronymus actor petit tenu-
tam ſiue poſſeſſionem dictæ domus, vt patet ex li-
bello. Poſſeſſio autem † rei dicitur eſſe indiui- 3
dua, vt notat Socinus ſenior *dict. conſ.* 82. *numer.* 10.
libro tertio.

Tertio quia ſunt plures heredes Bartholomei ſe-
nioris & iunioris, qui ſimul conueniuntur ob vnam
& eandem cauſam, conſequenter cauſa videtur † eſſe 4
coniuncta & connexa & ab vno iudice terminanda,
vt tradit Iaſon *in lig. nulli. numero tertio. Cod. de iu-*
diciis.

Nec obſtare mihi videtur id quod in actis oppo-
ſitum eſt, dictas moniales non conueniri in hoc iu-
dicio, neq; intendere actori aliquid contra eas. Nam
cum † ipſæ compareant & ſe pro ſuo intereſſe oppo- 5
nant, perinde eſt ac ſi cōuentæ fuiſſent, vt notat De-
cius *conſ.* 700. *n.* 6.

Et ita refero & conſulo Reuerendiſſimæ D.V. ſaluo meliori iudicio. Piſis, die 27. Iunii 1598.

Eiuſdem Reuerendiſſimæ D. V. addictiſſimus & ad ſeruitia paratiſſimus Andreas Fachineus Piſis nomine collegii.

Pro Illuſtri D. Capitaneo Flaminio Fabbionio Florentino.

ARGVMENTVM CONSILII LXIII.

An filius ingrediatur locum patris in fideicommiſſis quando ſubſtitutio eſt reſtricta ad perſonas nominatas, & an ſpes fideicommiſſi conditionalis tranſmittatur ad filios ex coniectura voluntatis teſtatoris.

SVMMARIA.

1 *Filius in fideicommiſſis ingreditur locum patris.*

2 *Spes fideicommißi conditionalis transmittitur ad filios ex coniectura voluntatis & quæ sit.*
3 *Spes fideicommißi conditionalis transmittitur quando testator prouidere voluit agnationi, & infra.*
4 *Substitutio fideicommissaria, vnita cum iure accrescendi operatur transmißionem fideicommißi conditionalis. Vide infra.*
5 *Substitutio locum non habet nisi in casu de quo loquitur.*
6 *Quod testator non loquitur nec velle præsumitur.*
7 *Filius non ingreditur locum patris in fideicommißis, quando filii sunt nominati nominibus propriis & ad eorum personas restricta substitutio.*
8 *Transmißioni locus non est fideicommißi conditionalis, quando substitutio est restricta ad personas nominatas.*
9 *Dictio illos restrictiua.*
10 *Spes fideicommißi conditionalis regulariter non transmittitur.*
11 *Filii in conditione positi non censentur vocati, nisi ad portionem patris sui.*
12 *Quomodo procedat quod dictum est super n. 2.*
13 *Coniectura ex quibus spes fideicommißi conditionalis transmittitur quando cessent.*
14 *Refutatur quod dictum est super n 3.*
15 *Idem quod super n. 11.*
16 *Refutatur opinio quædam Hondedei cons. 70.*
17 *Coniectura transmißionis fideicommißi conditionalis ex eo quod testator voluit agnationi prospicere quando cesset.*
18 *Quod supra dictum est substitutionem vnitam cum iure accrescendi efficere, vt spes fideicommißi conditionalis transmittatur, reprobatur.*

Facti species.

D. Lucas Fabbionius testamentum fecit in quo heredes vniuersales instituit DD. Leonardum, Iacobum & Camillium filios suos, illosque inuicem substituit quatenus aliquis vel aliqui eorum decederint vel decederet sine filiis masculis legitimis & naturalibus vere & proprie & non secundum iuris fictionem. Illi vero vel illis, qui decederent relictis filiis masculis, substituit dictos filios masculos in portione cuiusque.

Mortuo dicto testatore, moritur Dn Leonardus I.C. egregius relictis post se duobus filiis masculis legitimis & naturalibus ex legitimo matrimonio procreatis.

Deinde mortuus est D. Camillus absq; liberis, qui solus ex trib. filiis prædictis supererat. Nam D. Iacobus iam diu obierat absq; filiis.

Quæritur an filii præfati D. Leonardi possint ac debeant succedere in portione Dn. Camilli eorum patrui vigore dictę substitutionis ac dispositionis, de qua in d. testamento D. Lucæ.

Christi auxilio implorato.

VIDEBATVR respondendum prima fronte filios Mag & excell. D Leonardi admittendos esse ad successionem D. Camilli patrui sui, sequentibus argumentis.

Primo quia filius in fideicommissis ingreditur locum patris, cum agitur de hereditate aui vel patrui, sicut hic; agitur enim de hereditate D. Lucæ aui qui testamentum fecit, sicut ergo si mortuus fuisset D. Camillus superstite Dn. Leonardo sine dubio succederet ei Dn. Leonardus qui per fideicommissum eidem substitutus est in testamento d. D. Lucæ sic videtur dicendum filios ipsius nunc succedere in locũ patris sui.

Quod autem filius ingrediatur locum patris cum agitur † de hereditate aui vel patrui & similium, cõmunẽ esse sententiam scribit Illustr. Dn. Mantica *de coniect. vlt. volunt. libr. 8. tit. 9 num. 3.* vbi etiam refert ita iudicatum fuisse in Rota Florentina D. Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 95. nu. 6. & num. 8.* nouissime Peregrinus *de fideicom art. 21. n. 5.* & isti alios plurimos citant quos sciens prætereo. 1

Secundo quia fideicommissum cõditionale pendente conditione transmittitur per fideicommissarium si moriatur ante euentum cõditionis, ad filios, quando aliqua ex testamento sumi potest coniectura, testatorem ita voluisse: veluti si fecerit mentionem filiorum istorum, hoc est, nepõtum ipsius testatoris, ponendo illos in conditione sicuti in casu nostro. Nam testator † posuit in conditione, dum substituit ad inuicẽ filios quos heredes instituerет si decederent absque liberis masculis Menochius *consilio 452. num. 56.* D. Cæphalus *cons. 16. num. 42* communem scribit & Oddus *de compendiosa parte 6. artic. 2. n. 21.* & latissime Hondedeus *cons. 70.* alios citat Dn. Mantica *de coniect. vlt. vol. lib. 11. tit. 20. n. 15.* 2

Tertio quia testator habuit rationem familiæ cõseruandæ, dum vocauit tantum masculos, & similiter filios filiorum suorum masculos in cõditione posuit. Hoc enim † casu fideicommissum transmittitur ad filios filiorum, quando testator voluit prouidere agnationi Ruin. *cons. 156. nu. 4. & 179. nu. 7. lib. 2.* alios citat D. Mantica *d. li. 11. tit. 20. n. 23* quibus adde Hondedeum *d. cons. 70.* 3

Quarto quia testator coniunctim instituit dictos filios suos heredes, quo casu inter eos locus est iuri accrescendi, & consequenter substitutio fideicommissaria vnita cum iure accrescendi operatur, vno ex filiis † moriente ante euentum conditionis, transmissionem fideicommissi ad ipsius liberos D. Cæphalus *d. cons. 16. n. 45.* vbi dicit hanc esse receptiorẽ sententiam *& in cons. 285. nu. 26.* Crauetta *cons. 567. nu. 3* vbi in fine consilii testatur esse frequentiorem: alios citat D Mantica *loco proxime citato.* id est *lib. 11. tit. 20. nu. 12.* quibus adde Hondedeum *d. cons. 70.* 4

Sed istis & aliis similibus non obstantibus contrariam sententiam verissimam esse iudico, scilicet filios Magnifici D. Leonardi nullum ius habere in bonis D. Camilli patrui sui vigore dicti testamenti Dn. Lucæ eorum aui.

Et moueor primo, quia certum est, in dicto testamento Dn. Lucæ ipsos non fuisse substitutos nisi in portione patris sui, sic enim expresse disposuit testator, vt si aliquis ex dictis suis filiis Leonardo, Iacobo & Camillio heredib. institutis, decederet cum filiis masculis: illi succederent in cuiusq; sui parentis portione dicti filii. Quod autem filii isti nati ex dictis filiis deberent succedere etiam in portione patrui sui absque liberis decedentis, testator non disposuit, consequenter noluisse præsumitur, quia facile erat exprimere, quod filii nascituri ex filiis succederent etiam in portione patrui, sicut testator expresse disposuit, quod deberent succedere in portione patris sui.

Obstat ergo istis filiis D. Leonardi quod frequenter à doctorib. nostris adduci solet eos nõ debere succedere ex d. substitutione quia substitutio de illis facta hunc casum nõ cõprehẽdit. Valet. n. hæc cõsequẽtia,

5 Hic casus non est comprehensus† in verbis substitutionis, igitur non habet locum substitutio Socin. sen. *cons. 61. num. 4. & cons. seq. nu. 14. & cons. 69. n. 4. & 104. num. 8. libr. 3.* Rubeus *cons. 110. n. 5* Parisius *cons. 4. n. 14. lib. 3.* Soc iun. *cons. 180. n. 1. lib. 2. & cons. 4. n. 13. lib. 3.* Crauetta *cons. 161. n. 16.*

6 Et ratio est, quia quod† testator non loquitur, nec velle præsumitur Baldus *in leg. vn. §. sin autem ad deficientis. Cod. de cad. tollen. per illum tex.* Deci. *consilio 63. nu. 5. & 89. num. 2. & 287. num. 7.* Rubeus *consilio 2. num. 4.* Berous *consilio 84. numero 52. libro 2.* Parisius *consilio 3 numer. 18. & 39. numer. 3. libro 3.* D. Cæphalus *in consilio 46. numer. 18. & 114. numer. 8. libr. 1.* & alii doct. passim.

Secundo moueor quoniam isti filii D. Leonardi non possunt aspirare ad hoc fideicommissum, quod prætendunt ex testamento aui, nisi vel iure repræsentationis, vel iure transmissionis. Nam ipsi non sunt vocati, quamobrem necesse est, vt veniant vel ex eo, quod in fideicommissis filius ingrediatur locum patris, & sic ipsi ingrediantur locum Dn. Leonardi, qui vocatus fuit, vel ex eo quod spes fideicommissi conditionalis fuerit ad eos transmissa per D. Leonardum patrem.

Sed neque iure transmissionis venire possunt, neque iure repræsentationis, ergo nullo modo admitti possunt, quia non habent medium veniendi ex propriis personis, cum vocati non fuerint.

Quod non possint admitti iure repræsentationis, ostenditur. Nam omissa disputatione vtrum in fideicommissis filius ingrediatur locum patris: & supposito quod affirmatiua sententia verior & communior sit, tamen illa non procedit quando filii † sunt
7 a testatore nominibus propriis & non per nomina collectiua instituti & substituti, tunc enim filius non ingreditur locum patris, quia testator restrinxit substitutionem fideicommissariam ad filios nominatim institutos per verba facientia relationem personalem ad institutos, qui est precise casus noster, vt patet ex verbis testamenti. Alexander *consilio 76. num. 6. lib. 7.* Corneus *cons. 138. libro 1.* Socinus iun. *consilio 133. libro primo & 14. 54. 66 libro quarto.* Parisius *in consilio 37. numero 50. & 64. numero 30. libro secundo.* Ruinus *in cons. 181. lib. 2 & 29 li. 2.* Curtius iun. *57. num. 6* Parisiol. *in consilio 151. numero 7.* Natta *in consilio 551.* Pottius *in consilio 8. numero 8. & 9.* D. Menochius *consilio 200. num. 3. cum seqq lib. 2.* Peregrinus *de fideicomm. artic. 21. numero 28.* Menoch. *de præsump. lib. 4. præsump. 95. num. 28.*

Quod autem nec valeant admitti iure transmissionis, probari potest, quia duobus vel tribus heredibus institutis & facta substitutione de eis reciproca, si sine filiis decederent, nominatim vel per nomina relatiua, puta *eos, alios, suprascriptos, superstites,* & similia quæ habent relationem personalem ad institutos, qui præcise est casus noster, vt patet ex verbis testamenti, tunc præmoriente vno ex filiis cum filiis, non transmittit † ad eos spem fideicommissi conditionalis in portionibus coheredum *tex. est in leg.*
8 *heredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebellian.* Curtius iunior *in consilio 69.* Ruinus *in consilio 181. libro secundo.* Parisius *in consilio 63. libro tertio.* Natta *in consilio 551. numer. 15. & in dict. §. cum ita.* Ripa *numer. 64.* Torniell. *num. 67.* Socinus iunior *numero 37. & 47.* & hos & alios adducit & sequitur fundamentis allatis Peregrinus *de fideicommiss. articul. 31. numero 16.* addo ego Manticam qui multos ex dictis allegat & sequitur *de coniect. lib. 11. tit. 20. sub n. 28.*

Quibus ita stantibus non obstant argumenta in contrarium allata. Nam ad primum, dato, quod vera sit opinio, filium ingredi debere in locum patris in fideicōmissis, illa tamen non procedit, quando substitutio facta est cum verbis restrictiuis ad personas nominatas propriis nominibus, vt in casu nostro, in quo testator vocauit filios suos nominibus propriis expressis, deinde illos inuicem substituit. Illa enim dictio *illos* † restrictiua est & relationem 9
habet personalem ad filios nominatos, & propterea impedit, ne filius ingrediatur locum patris: vt supra demonstratum fuit.

Non obstat secundum argumentum, quo dicebatur, istos nepotes admittendos esse iure transmissionis, quia regula est † in contrarium, quod scilicet 10
spes fideicommissi conditionalis non transmittitur ad filios, vt per D. Manticam *de coniect. lib. 11. tit. 10. in principio.*

Et dum dicitur hanc regulam non procedere, quando coniecturæ voluntatis testatoris sunt in cōtrarium, vt puta si fecerit mentionem istorum filiorum, ponendo eos in conditione: respondeo doctores id asserentes, non sat iuri conuenienter esse locutos, quia obstat illis tex. *in dict. l. heredes mei. §. cum ita. ad Trebellian.* & quia filii in conditione positi non censentur † vocati, nisi ad portionem patris sui, non 11
autem patrui, vt bene declarat Peregrin. *de fideicomm. artic. 31. num. 16.*

Secundo respondetur doctores qui sequuntur illam opinionem saluari posse in terminis in quibus ipsi loquuntur, in quibus verba substitutionis non sunt † restricta ad personas filiorum substitutorum, 12
vt bene explicat D. Mantica *dicto libro 11. tit. 20. num. 28.* & fatetur Hondedeus *d. cons. 70.* dum respondet ad contraria.

Tertio respondetur illam † coniecturam & cæteras omnes, quæ solent à doctoribus considerari ad 13
effectum transmissionis, cessare, quando excluderetur alius filius testatoris qui substitutus fuit, prout in casu nostro, quia excluderetur D. Capitaneus Flaminius, filius D. Lucæ testatoris pariter per fideicommissum vocatus, licet non in testamento prædicto, sed in alia dispositione dicti D. Lucæ, ita Dn. Mantica post Curtium & Socinum quos citat *libro 11. titul. 20. numero 30.* D. Menoch. *consilio 200. num. 111.*

Quinimo sufficit ad impediendam transmissionem extare alium filium, licet substitutus non fuerit, ita Zanch. *in rep. l. heredes mei. §. cum ita. in 4. parte. num. 398. ad Treb.*

Ad tertium respondeo illorum sententiam non sat iuri consentaneam esse, vt ostendit Peregrinus *dicto artic. 31. num. 16.* nam vt ipse bene deducit etiam in casu in quo consuluerunt Ruinus, Curtius & Parisius & alii, filii masculi erant positi in conditione, & quia masculorū expressio facta fuit respectu portionis parentis & ad beneficium substitutorum coheredum, ita vt per fœminas non excludantur, non autem respectu portionis patrui, quia quoad eius

eius portionem nō faciunt conditionem, & ideo illi substitutus non est. Semper enim cūm dicimus filios
15 in conditione positos censeri † vocatos, hoc intelligere debemus respectu portionis eius patris, non autem patrui, latissime Peregrin. *de fideicomm. artic.* 28. *num.* 12.

Et hoc in casu nostro res est magis perspicua, quia testator expresse substituit filios filiorum in portione parentis sui, vt per Rubeum *consilio* 120. *circa finem.*

Vt maxime mirum sit Hondedeum *cons.* 70. pon-
16 derasse hoc pro † coniectura voluntatis testatoris, quod voluerit nepotes succedere iure transmissionis in portionem patrui, quod certe ego puto absurdum, pace doctissimi viri. Nec enim Decius *cons.* 397. suffragatur illius sententiæ, quia loquitur de primogenito, & ait testatorem voluisse, quod filii primogeniti excluderent patruum substitutum, quod nihil ad rem nostram facit.

Et in terminis quod non sit locus transmissioni, stante substitutione filiorū in portione patris sui, ꝙ inquā non sit locus transmissioni ad consequendam portionem patrui videatur Zanch. *in l. heredes mei. §. cum ita. in 4. parte. num.* 325. *& seqq. in impress. nouiss.* vbi alios citat & ita concordat opiniones. Quanquam & Hondedei consultatiò in suis terminis recte defendi possit, propter alias plurimas circumstantias quæ hic non concurrunt. Et ideo non obstat huic nostræ cōclusioni, præsertim cum fateatur in casu suo non fuisse verba restrictiua substitutionis, vt patet in eius responsione ad contraria.

Secundo responderi potest, quod in casu nostro adest D. Capitaneus Flaminius, filius testatoris, qui excluderetur per nepotes istos, quo casu non habe-
17 tur vlla ratio † coniecturæ illius, quod scilicet fiat transmissio fideicommissi conditionalis, quando testator voluit agnationi prospicere, sicut bene probat D. Mantica *dicto lib.* 11. *tit.* 20. *numer.* 23. *vers. illud tamen.*

Ad vltimum de iure accrescendi respondeo, illam
18 conclusionem esse † contra terminos iuris, vt ostendit Peregrin. *d. art.* 31. *nu.* 16. *in fine.* D. Mantica *d. lib.* 11. *tit.* 20. *nu.* 13. *vers. sed contrarium.* & D. Menoch. *cons.* 200. *nu.* 116. *cum seqq.* Et isti adducunt rationes & leges, respondentq; ad omnia, vt videri potest: ideo eorū dicta huc transferenda non putaui.

Et ita iuris esse puto, saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro D. Luca Antonio Garfagnino de Petra sancta.

ARGVMENTVM CONSILII LXIV.

De ratione reddenda ab actore pupillo. De restitutione minoris aduersus tempus elapsum retractus faciendi & quibusdam aliis.

SVMMARIA.

1 *Tutores & curatores constituunt actorem.*
2 *Qui tenetur illi rationem reddere.*
3 *Actoria pendet à tutela.*
4 *Et ibidem.*
5 *Pupillus quando habeat obnoxia bona actoris.*
6 *Qui agit tanquam heres, debet probare se talem.*
7 *Facta non præsumuntur.*
8 *Mutatio non præsumitur.*
9 *Olim diues, præsumitur nunc diues.*
10 *Dolus non præsumitur.*
11 *Præsertim si nullam vtilitatem consequitur.*
12 *Præsertim ex eo quod damnum potius sentiret.*
13 *Tempus retractus currit minori.*
14 *Nec datur restitutio.*
15 *Sed contra ex communi.*
16 *Minor non restituitur nisi probet læsionem.*
17 *Idem est in restitutione petita aduersus retractus tempus.*
18 *Idem est iudex conuentionis & reconuentionis.*
19 *Heres tutoris & curatoris ad reddendam rationem conueniri potest.*

Christi nomine inuocato.

VISIS actis inter Illustr. D. Torquatū actorem ex vna & D. Lucam Antonium reum conuentum & pariter reconuendentem ipsum actorem ex altera animaduerti, totius causę negocium consistere in sequentibus punctis siue articulis.

Primus est an prælatus D. Lucas reus conuentus teneatur rationem reddere D. actori hoc in libello petenti nomine D. Margheritæ suæ vxoris: propterea quod D. Lucas fuerit actor siue procurator constitutus à Magnifico D. Augustino de Clariis, & D. Maria de Olcariis tanquam tutoribus & curatoribus dictæ D. Margheritæ ad exigendum pecunias debitas ipsi D. Margheritæ: prout in instrumento actoriæ dictæ siue procuræ in actis exhibito apparet.

Secundus an posito, quod teneatur D. Lucas rationem, vt supra, reddere, sit condemnandus ad soluendum debita facta non soluendo, & contenta in libris rationum, quasi non fuerint exacta culpa & negligentia præfati D. Lucæ.

Tertius an libri rationum facti sint suspecti de falso, culpa & dolo dicti D. Lucæ, ac propterea D. Lucas teneatur ad soluenda dicta omnia credita quæ iam ob suspicionem ex libris prædictis exigi in iudicio non possunt.

Quartus an præfatus D. Lucas teneatur ad retrouendendum oliuetum nec ne vigore statuti Petræ S. saltem mediante restitutione in integrum, dictæ D. Margheritæ tempore iam exclusæ à redimendo.

Quintus an in præsenti iudicio potuerit d. Lucas reconuenire d. actorem nec ne.

Sextus posito, quod potuerit reconuenire an recte fundauerit suam intentionem.

His enim discussis facile apparebit quæ sint partes iudicis in pronunciando in hac causa conuentionis & reconuentionis.

Venio ad primum, & concludo breuiter, quia res non est difficilis: præfatum D. Lucam non teneri ad rationē reddendam D. Actori nomine D. Margheritæ id petenti, quia nō fuit procurator seu actor constitutus à dicta D. Margherita, sed à tutoribus & curatoribus eius, vt manifestum est ex instrumento in actis producto.

Est enim explorati iuris tutores & curatores constituere non posse procuratorem sed † actorem, vt 1
in l. neque tutores. C. de procurato. idque ex iusta causa & periculo ipsorum tutorum & curatorum. §. *vlt. instit. de cu-*

de curato. l. decreto. ff. de admi. tutor. l. solent. ff. de tutelis. l. vn. C. de actore à tuto seu curato. dando. & notant doct. in d. locis.

1 Quamobrem nō tenetur actor reddere † rationē pupillo, sed tutori & curatori, à quo est constitutus & cuius periculo gerit negocia & lites.

Hinc oritur actio mandati inter tutorem & actorem ab eo constitutum, vt notat Bartolus *in l. ex facto. num. 3. ff. de neg. gestu.* Quod autem inter pupillum & eiusmodi actorem actio oriatur nullo iure proditum est.

Et ratio est manifesta, quod nulla oriatur actio, quia nullum geritur negocium inter pupillum & actorem non est constitutus à pupillo, sed † in totum
3 pendet à tutore, cuius periculo constituitur. Et ideo finita tutela expirat etiam actoria à tutore constituta vt notat Glo. *in leg. neque tutores. in vers. debent. Cod. de procurato.* & ibi Bartolus *in 2. lect. col. 2.* nec non etiam Baldus.

Et ideo exceptio quæ infringit tutelam, infringit
4 etiam † actoriam, vt notat Bald. per illum tex. *in l. qui aliena. §. quanquam. in 3. not. ff. de neg. gestu.*

5 Et ideo ad hoc vt pupillus habeat † obnoxia bona ipsius actoris necesse est, vt fuerit constitutus actor à iudice intuitu pupilli, secus si intuitu tutoris, vt tradit post alios Ioseph. Ludo. *decis. Perus. 4. numer. 1.* Hic autem non fuit constitutus actor intuitu pupillæ, sed ab ipsis tutoribus & curatoribus solis, absque præsentia pupillæ, igitur non tenetur eis rationem reddere.

Non obstat, si dicatur, D. Margheritam, cuius nomine actio mota est, heredem fuisse & esse dictorum tutorum & curatorum, qui Dn. Lucam actorem & procuratorem constituerunt & ideo tanquam heredem agere posse aduersus D. Lucam, vt rationes reddat. Nam non est in libello nec in vlla parte actorum & processus allegatum articulatumue aut probatum, d. Margheritam heredem esse dictorum tutorum & curatorum: nullum plane verbum reperitur in processu: ergo super his non potest se iudex fundare, quia non supplet ea quæ sunt facti *leg. 1. & ibi notatur Cod. vt quæ desunt aduocatis partium iudex suppleat.*

6 Est enim notissima conclusio eum qui agit tanquam heres alicuius, id allegare † & probare [illegible] alioquin nihil obtinere potest, quia non probat id quod est fundamentum intentionis suæ *l. g. a[illegible]. C. de probatio.* late Rolandus à Valle *consilio 22. in princ. libro tertio.* Hippol. Riminald. *consilio 115. numer. 72. & seq. lib. 1.*

Multo magis id dicendum est in casu hoc nostro, quandoquidem actor non solum [illegible] D. Margheritam heredem esse dictorum [illegible] curatorum, sed ne hoc allegauit quidem, [illegible] libello nec alibi, neque ex eo capite actionem in[illegible], sed ex alio longe diuerso, hoc est, nomine proprio ipsius Dn. Margheritæ, eo prætextu, quod ipsi [illegible]eatur Dn. Lucas rationem reddere eorum quæ gessit in sua actoria, quod sane iuri consentaneum non videtur quia non habuit actoriam ab ipsa, sed à tutoribus & curatorib. quorū periculo fuit actor seu procurator constitutus. Et hæc de prima quæstione.

Quod attinet ad secundam, videtur mihi locus esse regulæ, actore non probante reus absoluitur. *l. qui accusare C. de edendo.* quia actor probare debuit hæc duo. Primo aliquos debitores factos esse non soluendo. Secundo dolo aut culpa D. Lucæ procuratoris id accidisse & proinde ipsum teneri *iuxta l. 2. C. arbitr. tutelæ. & leg. tutores. & leg. debitorib. Cod. de admi. tuto.*

Quod autem aliqui debitores facti fuerint non soluendo, id non est in processu probatum, nec de iure præsumendum est, tum † quia in f[illegible] consistit, 7
l. in bello. §. facta. ff. de capti. tum quia id [illegible]ationem continet, quæ regulariter † non præsumitur, quia est 8
accidens, vt per Gloss. *in l. si vero § pro rei. ff. qui satisd. cog.* Alciatus *de præsump. reg. 2. præsump. 1.*

Et olim diues † præsumitur etiam hodie diues, vt 9
tradunt Hostien. Io. Andr. Buti & Imola *in ca. 1. de seruis.* Alciatus alios citans *de præsumpt. regula 2. præsumpt. 17.*

Deniq; quod D. Lucas procurator fuerit in dolo vel culpa, seu negligentiam vllam commiserit, non est præsumendum sed † probandum erat, secundum 10
regulas vulgares *l. quoties §. qui dolo. ff. d. probatio* latissime Alciat. *de præsumpt. reg. 3. & alibi.*

Non obstat quædam fides producta in qua notula quorundam debitorum continetur, quib. pignora iudicialiter ablata fuere, & aliqui dicuntur fuisse gratis dimissi.

Nam respondetur multis modis, & primo dictam fidem non facere fidem in iudicio cum non sit authentica sicut debuit, & in forma probante.

Secundo dictam fidem non probare quod dicti debitores non fuerint exacti, non enim ex hoc probatur exactos non fuisse, quia pignora fuerint facta iudicialiter quia non probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse *l. non hoc. C. vnde legiti.*

Tertio dato quod non fuerint exacti, non sequitur exactos non fuisse culpa & negligentia D. Lucæ. Fieri namque potest, vt alias ob causas non fuerit consummata executio præter culpam & negligentiā D. Lucæ.

Quarto quia secundum formam statutorum tenetur Camerarius siue vt vocant *il camerlengo* curare, vt pignora vendantur, ergo illius negligentiæ id erit adscribendum.

Quinto non constat an dicti debitores sint nunc soluendo nec ne, ideo præsumuntur adhuc esse soluendo, nisi contrarium probetur, & consequenter adhuc cogi possunt ad soluendum.

Sexto quod attinet ad debitores dimissos gratis, id negatur accidisse factum D. Lucæ, & contrarium non probatur ex notula, quoniam illa se refert ad aliam notulam quæ dicitur esse in filcia, quæ non est producta, vnde non creditur referenti nisi quatenus apparet ex relato, Auth. *si quis in aliquo* vbi latissime doct. *C. de edendo.*

Vltimo dolus vel culpa tanto minus videtur esse præsumenda cōtra D. Lucam, quoniam ipsius intererat vendi pignora & pecuniam exigi, quia in singula centena salarium ei fuit constitutu in instrumento dictæ actoriæ, siue procuratoriæ.

Necenim dolus præsumitur † in eo qui nullam 11
vtilitatem ex eo consequitur vt declarant Rolandus à Valle *consilio 11 numero 59. libro tertio.* & ante eum Ruin. *consilio 8. in fine. libro quarto.* & multo minus quando damnum † incurreret Franciscus Becius 12
cons. 106. nu. 19. His accedit quod libri tutorum & curatorum in quibus debitorum nomina continebantur, non habebant requisita ex forma statuti in actis producti, & ideo illorum vigore non potuit Dominus Lucas exigere debita, & consequenter si non

si non fecit, excusatione dignus est, neque in dolo aut culpa ulla fuisse videtur *argum.leg. tutor. t. vers. de cætero vero. Cod. de negotiis gestis. & leg. si pupilli. §. videamus. ff. de negociis gestis.* Hæc de secundo puncto.

Quod attinet ad tertium respondeo D. actorem similiter defecisse in salutari suo, quia scilicet non probauit id quod est fundamentum intentionis suæ. Nam hoc erat fundamentum intentionis suæ, libros suspectos esse de falsitate & hoc culpa & dolo D. Lucæ.

Hoc non est in processu aliquo modo probatum.

Imo contrariũ de iure ex processu respondendum est, quia officium D. Lucæ non erat aliud quam exigere nomina debitorum, ad hoc enim ei tantummodo datum fuit mandatum, non autem vt libros apud se teneret, & in eis notaret & scriberet nomina exactorum debitorum.

Erat hoc officium D. tutorum apud quos libri erant, & quibus pecuniæ exactæ soluebantur à D. Luca, vt eas pecuniarum summas scriberent in libris, nõ autem D. Lucæ, quia D. Lucas non fuit tutor vel curator, sed procurator tantum.

Venio ad quartum an D. Lucas teneatur retrouendere oliuetum, de quo fit mentio in libello actoris, & quia lapsum est tempus retractus à statuto Petræ Sanctæ constitutum, omnis difficultas in eo versatur, an D. Margheritæ quę dicitur fuisse minor 25. annis, cucurrerit dictum tempus, & posito quod cucurrerit, an sit in integrum restituenda.

Ad primum certum est cucurrisse, ex communi
13 & † vera sententia quæ latis probatur *ex cap. constitutus. de restitution. in integrum.* est inquam communis doctorum sententia tale tempus minori currere, vt testatur Balbus *de præscript. parte 6. quæst. 1. numero 43.* & alios citans Sfortia Oddus *de restit. in integ. parte 2. q. 88. art. 5.*

Et licet dubitatio aliqua & controuersia sit, quando minor agit de damno euitando, tamen si de lucro captando agat, vt in casu nostro certum est, tempus currere minori secundum distinctionem Bartol. *in l. vlt. Cod. in quibus caus. in integrum restit. non sit necess.*

14 Ad secundum an detur † restitutio: dico, cum statutum sit odiosum & contra ius commune retractum inducens multos magni nominis doctores respondisse, minorem non esse restituendum, sicut Tiraq. *de retractu lib. 1. §. 35. Gloss. 2.* Couar. *pract. quæst. c. 26. num. 4.*

15 Verumtamen supposita † contraria sententia pro veriori & communiori, de qua per Oddum *de restit. in integrum. parte 2. quæst. 87. art. 1.* non puto D. Margheritam in casu nostro esse restituendam & hoc eo fundamento firmissimo, quia læsionem non probauit, hoc est, non probauit quod tempore retractus potuerit redimere, quod habuerit in promptu pecuniam; & quod talis redemptio seu retractus ei fuerit vtilis: nam fieri potest & nemo negauerit, quod aliquando non sit vtile vel commodum minoribus aliquid emere, vt puta si non habeant pecuniam, vel ære alieno oppressi sint, vel debeant vti pecunia ad alios vsus magis necessarios.

Certe minori vtile esse nemo diceret aliquid emere, si ad hoc faciendum deberet pecuniam sub vsuris accipere, vel alium contractum damnosum facere.

Itaque cum in proposito nostro læsio hæc probata non fuerit, non puto locum esse restitutioni.

Et moueor primo *ex c. constitut. de in integrum restit.* vbi S. Pontifex loquens in terminis nostris, quando minor restituitur aduersus lapsum temporis ad redimendum, requirit probationem læsionis.

Secundo moueor ex regula generali quod vt minor † restituatur requiritur probatio læsionis *l. in nam & postea. § si minor. ff. de iure iur.* Corneus *in consilio 50. numero 3. libro 3.* D. Cæphalus *consilio 348. numero 17. libro tertio.* Sfortia Oddus *de restit. in integrum. quæst. 4. arti. 1.* 16

Tertio quia in terminis restitutionis, aduersus temporis † præscriptionem petitæ, quod sit probanda læsio respondit D. Cæphalus *cons. 14. n. 313 lib. 3.* 17

Et eandem sententiam secutus est, cum distinctione Oddus *de restit. in integr. parte 1. quæst. 36 art. 2. & 3. num. 39.* dum ait responsum D. Cæphali procidere posse, quando petens in integrum restitutionem, aduersus præscriptionem, probat præscriptionem abstulisse aliquid quod restitutionem mereatur.

Est enim ac si dixisset, si probetur læsio, nam sine læsione non datur restitutio.

Non ignoro multos existimasse minorem esse restituendum aduersus temporis lapsum, ad aliquid faciendum cõstituti absque vlla probatione læsionis sicut refert Oddus *d. q. 36. art. 4.*

Sed hoc sententiæ nostræ non obstat, quia loquũtur, quando constat iudici quod ex solo lapsu temporis minor fuerit læsus, sicuti post Signorolum de Homodeis optime declarat Oddus *loco proxime citato. n. 37. vers. retenta com. muni.*

In casu autem nostro non constat ex solo lapsu temporis D. Margheritam læsam fuisse, quia sicut dixi, non constat D. Margheritam potuisse oliuetum redimere, & habuisse pecuniam paratam, & talem contractum ei vtilem fuisse, consideratis omnibus circumstantiis. Hoc etenim non est probatum, imo ne articulatum quidem in processu. Hæc de quinto.

Sequitur sextum: resolutiue dico iudicem delegatum in præsenti causa, posse etiam cognoscere de causa † reconuentionis, non solum vigore rescripti Serenissimi Magni Ducis, in quo iubet, vt partib terminus assignetur ad sua iura producenda, sed etiam de iure communi *c. 1. de mutuis petitionib. l. cum Papinianus. & ibi* Baldus & alii *C. de senten. & interl. om. iud.* & de hoc nulla est difficultas. 18

Restat vltimum, an D. Lucas in sua reconuentione obtinere debeat. Et respondeo obtinere debere, quia probauit fundamentũ intentionis suæ, aduersarius autẽ nihil probauit quod eum releuare possit.

Probauit inquam D. Lucas D. Petrum de Clariciis tutorem fuisse filius D. Lucæ, & tutelam gessisse, & administrasse, vt patet ex instrumentis & aliis documentis in actis productis.

Consequenter rectè egit aduersus D. Margheritã eam reconueniendo, vt redderet ipsa tanquam heres rationem administrationis *l. 1. 2. 3. 4. C. de heredib. tuto. vel curato. l. 3. § hac autem actio ff. de neg. gestis. l. omnes leg. tutela. C. arbitr. tutelæ.* Romani *cons. 413. quo ad primum.* Ex his concludo nõ alias esse partes D. Iudicis, quæ in absoluendo D. Lucam, à petitis & in condemnando partem aduersam ad reddendam rationẽ administrationis, iuxta petita in reconuentione & victum victori in expensis condemnandum *iuxt. l. properandum. §. fin autem. C. de iudic.* saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro

Pro nobilibus Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII LXV.

An legata domo veniant mobilia quæ ibi sunt & prædia feudalia.

SVMMARIA.

1 *In legatis stricta fit interpretatio.*
2 *Domo legata continentur affixa, non autem reliqua mobilia.*
3 *Nec supellectilia.*
4 *Domo legata cum instrumentis non veniunt mobilia.*
5 *Testator quod non exprimit, nec velle præsumitur.*
6 *Pertinentiarum appellatione quæ veniant.*
7 *Et ibidem.*
8 *Legata domo vel prædio eo modo quo testator possedit quid veniat.*
9 *Et ibidem.*
10 *Fundus instructus in dubio videtur legatus.*
11 *Relatum est in referente.*
12 *Expressum quid dicatur.*
13 *Non sufficit testatorem aliquid velle nisi exprimat.*
14 *In legatis stricta fit interpretatio, & quare.*
15 *Castri pertinentia quæ.*
16 *Pertinentiarum appellatione non veniunt prædia.*
17 *Et quid in concessione à Principe facta.*
18 *Pertinentia sunt accessoria.*
19 *Pertinentia dicuntur ex patriis suam consuetudine.*
20 *Pertinentia castri quæ.*
21 *Quando ex verbis generalibus mens testatoris colligitur satis est.*
22 *Quando in legatis non fiat stricta interpretatio:*

Facti species.

QVidam nomine Andreas Beorgius de Murach, testamentum condidit, in quo inter cætera etiam legatum his sequentibus verbis fecit.

Et quia dilectus meus vitricus Ioannes Christophorus Fuchs iunior habet filiam nomine Annam Mariam, quam ab ineunte ætate mecum habui, alui, & educaui, lego eidem meam maximam catenam auream.

Et si tamdiu viuere eam, ac ad annos pubertatis peruenire contigerit, & quod cum amborum parentum & cognatorum, vel casu, quo mortui fuerũt parentes, & curatores habuerit, cum curatorum, vel etiam vnius ex superstitibus parentis consensu, honeste secundum eius dignitatem & conditionem cuidam nupserit: Tunc lego etiam eidem & tanquam præcipuum de bonis meis immobilibus eam habere volo ambas meas domos, Strollued & Schrontznberg, *vna cum earum pertinentiis, prout illas ego habui, possedi, hisque vsus & fructus sum.*

Anna Maria conditioni huic nubendi paruit, ita, vt ei debeatur nunc legatum, sed cum in iam dictis legatis domibus, testator mobilia, veluti lectos, linteamina, vasa argentea, equos & vaccas habuerit. Quæritur in primis:

An hoc legato per verba hæc vltima eidem annexa. *Cum omnibus suis pertinentiis, prout illas ego habui & possedi, illisque vsus & fructus fui.* etiam supradicta mobilia comprehendantur, & eidem Annæ Mariæ reddenda veniant.

Secundo, cum ad istas duas domos seu Hofmarchias etiam feudalia quædam bona pertineant quibus testator tanquam ad eas pertinentibus vsus & fruitus est, & feuda quoque sint communia, quorum legataria Anna Maria æque bene sicut vniuersalis heres capax est, quæritur num hæc feuda legato hoc contineantur, & cui, legatarione, an heredi vniuersali debeantur.

Et pro faciliori huius quæstionis declaratione sequentia in testamento hoc posita verba consideranda erunt. Quæ sunt hæc:

Nomino & instituo testamento hoc meo heredẽ vxorem meam, hoc modo, q̄ post meum obitum ad illam peruenire, & pertinere debeant omnia & singula reliqua allodialia & feudalia (quantum quoad feudalia de iure testari potero) bona immobilia & mobilia quæ legato non fuerint comprehensa, vbicunque locorũ illa posita fuerint, siue sint pensiones, redditus, domus, atriæ, decimæ, agri, prata, pecunia, aut q̄d pecunia æstimabile, vasa argẽtea, supellectilia, fructus, nomina, iura, &c. nihil plane excipiendo: prout illa nominari & verbis dici poterunt: & post meum obitũ ad me pertinere reperta fuerint, ita, vt illa instituta heres vxor, omnia à me relicta (ex quib. tamen à me legata legatariis præstet) accipiat, possideat, iisque omnibus vtatur & fruatur.

An non vigore horum verborum *omnia & singula reliqua allodialia & feudalia bona, quæ legato non sunt contenta*, necessario etiã in legato feudalia hæc bona intelligi debeant, quandoquidem in totius huius testament. serie non fuerint feudalia aliqua bona vlli vnquam legata, ita, vt testator hanc suam exceptionem feudalium, non nisi de hoc legato intelligere debuerit.

Iesu Christi suffragio humiliter implorato.

AD propositas quæstiones quæ oriuntur ex facti specie præmissa, ita respondemus Quod attinet ad primam: prima fronte, vt dicitur, videntur nobis non contineri dicto legato mobilia illa, nempe lectos, linteamina, vasa argentea, equos & vaccas, quæ in domibus legatis mortis tempore testator habuit & reliquit. Primo, quia in legatis stricta † sumitur in- 1
terpretatio. *l. nũmis de leg.* 3 & propterea non recedimus à proprietate verborũ. *l. non aliter. de leg.* 3. & not. Deci. *in l. semper in stipulationib. n. 3 de regul. iuris.* Crau. *in cons. 161. nu. 13. & alibi.* Sed in proposita specie testator legauit duas domos, vt habetur in facti specie, quarũ appellatione proculdubio non veniunt bona mobilia, & tanto magis quia testator dixit se ex suis bonis immobilibus legare duas domos. Constat autem bonorum immobilium appellatione non venire mobilia. Et licet domo legata † contineantur affi- 2
xa quæ amoueri non possunt. *argumento l. cætera. §. hoc SCtum. 1. de legat. 1.* & respondit Chassan. *in cons. 7. nu.* 46. non tamen contineri possunt ea quæ diuisa sunt & separata, sicut neq; legato fundo continentur. *l. 2. l. cum fundus ff. de fundo instr.* Et ideo non continentur boues aratorii, & similia quæ affixa non sunt, vt respondit Bald. *in l. item si fundi § seminarios. in 3 not. ff. de vsufr.* Angel. *in l. sed & si quid. § proprietatis ff. eod* Aret. *in cons. 159. n. 18* Moder. Parisiens. *in commenta. ad consuet. Parisien. ses. tit 1. § 1. Gl. 5 n. 13.*

Secundo, in terminis q̄ domo legata, non † in- 3
telligatur supellex legata, scriptũ reliquit Callistrat. *in l. vlt. ff. de supell. legata* in hæc verba: *Nam & domo legata neque instrumentum eius neque supellex aliter legato cedit, quã si id ipsum nominatum expressum à testatore fuerit.* quẽ text. in hanc sententiam, citat Mantica *de coniect. 1 lt.*

volunt.lib.9.tit.2.n.42. Hæc autem mobilia lecti, linteamina, &c. sine dubio sunt supellectilia domus, exceptis tamen animalib. *l.1.2.3.ff.de supellect.legata.*

4 Tertio, quia nec si domus legata † sit cum instrumentis, mobilia & se mouētia & eiusmodi, quæ non sunt affixa continentur. Tunc enim ea continentur instrumenta quæ necessaria sunt ad vsum domus, vt quæ parata sunt causa arcēdæ pluuię, vel incēdii, & similia, non autē supellectilia, *l.quæsitum §.si domus.ff.de fundo instr.* ibi, *Celsus scribit magis supellectili annumeranda.* & rursus ibi, *Sigilla & statua affixa instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt, qua vero non sunt affixa instrumento domus non continentur. Ea enim*, inquit, *supellectili annumerantur.* & diligenter explicat ex illo text. Menoch. *de præsumpt. lib.4 in 2. part. præs.154.n.18.* idem late respondit Paul. Castr. *in cons.377.nu.1.lib.1.* vbi dixit alia esse instrumēta domus, alia vero patrisfamilias, & si legetur domus cum instrumento ista non contineri sed instrumenta domus tātum *per tex. in d. §.si domus.* refert & sequitur Mantica *de coniect. vlt. volunt lib 9.tit.2.num.44.* Non potest autem dubitari quin lecti, linteamina, vasa argētea, & similia dicantur esse instrumenta patrisfam. non autem domus.

Quarto, quia si testator ea etiam mobilia & se mouentia legare voluisset, facile potuisset id exprimere † & declarare in suo testamento, quod cū non 5 fecerit nec voluisse præsumitur, *argum l. vna. § sin autem ad deficientis C.de cad.tollen. c. ad audientiam. de decimis.* & in simili multa scribunt Curtius iun. *in cons.33. ad fin. & in cons.49.num 7.* & copiose Tiraquellus *ad l. si vnquam.in verbo, libertus.n 3.C.de reuo.dona.*

Nec obstare videbatur quod testator dixisset se domos suas legare cum earum pertinentiis, germanice mit jhrer Zugehörung/ quia responderi posse vi-
6 debatur, pertinentiarum † nomine ea tantum intelligi, quæ statuto, vel consuetudine, vel lege deputata sunt, vt accedant: vt interdicto vnde vi statutum est, vt accedant etiam mobilia & damna. *c. grauis de restitut. spolia. l.1.§ rectissime. ff. vnde vi.* Item hereditati accedunt omnia, quæ in ea inueniuntur. *l. item ne. ff. de petit. hered. cum multis legibus sequentibus.* Castro autem nihil nominus corporale deputatum à iure, quod sit eius pertinens, sed tamen ab hominibus & eorum statutis consueuit & castro certum territorium assignari, quod illi in iurisdictione & dote debeat respondere. Hæc sunt verba Innocentii, *in c. cum ad sedem nu.2 de restit. spolia.* quem omnes communiter sequuntur, *ibid.* Io. Andr. *col. 1. vers pertinentiarum autem nomine.* Anton. Butr. *col.3. vers. oppono quod non procedat.* Abb. *col. 2. v ri. sed nunc quæro.* Imol. *colum.2. vers. item attuerte.* & multi alii quos in eandem sententiam refert & sequitur Ant. Gabr. *lib.6 comm. concl. tit. de verb.sign. concl.10.in pr.* quibus accedunt alii quos refert Hipp. Rimin. *cons.19.nu.26.lib.1.* Sim. de Prætis *cons.197.n.7.*

Quod autem bona hæc mobilia lege vel statuto seu consuetudine deputata fuerint, vt de pertinētiis essent dictarum domorum legatarum, non videbatur constare aliquo modo: nulla enim est lex, nulla consuetudo, nullum statutum hac de re, quare illa mobilia bona potius ad testatorem & vsum eius pertinuisse quam ad domos legatas videbatur, & consequenter legato sub pertinentiarum nomine nequaquam contineri.

Et præsertim hæc omnia confirmari posse videbantur si testator non eodem iure, non eodem titulo, non simul domos legatas, & præterea mobilia hæc acquisiuit, sed diuerso tempore ac diuerso iure ac titulo, neque enim est verisimile vno & eodem titulo, causa ac iure, simul domos † seu Hofmarchias acquisitas, & lectos, linteamina, vasa argentea, vaccas, & similia quæ tempore mortis reperta sunt ipsius testatoris. Vnde sequitur ea non contineri sub nomine pertinentiarum, vt post alios declarat Aretin *ad l.3.col.5, vers. adde etiam.ff.de acq.possess.* Socin. iun. *in cons.160.num.32.lib.2.* & argumentum præstat text. *in l pradiis. §. vlt. de leg.3.* vbi dicitur appellatione domus, insulam quoque iunctam domui videri legatam, si vno precio cum domo comparata fuisset, cuius textus authoritate, dicunt nostri Dd. vendita vel legata domo, hortum quoq; contineri, cum vno precio simul cum domo emptus fuit, secus si diuerso precio, & tempore emptus fuerit, ita intelligentes textum *in cap. Raynucius. in vers. domum & hortum. de testam.* Ioan. Andr. & Panormit. *ibi.* Castrens. *in l. Olympico. ff de seru. vrb. præd.* Iason *in l. beneficium. num. 14 ff. de constitut. princip.* Purpuratus *in consil.341. num. 1. & 2.* Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib 9. tit. 2.n.36.* 7

Verum istis & similibus quæ adferri possunt non obstantibus, contrarium deciditur nimirum in dicto legato etiam dicta mobilia contineri, lectos, linteamina, vasa argentea, equos & vaccas & alia, quæ tempore mortis testatoris in domibus reperta sunt à testatore legatis. Si tamen ibi fuerunt non ad tempus, sed vt eis testator ibidem vteretur.

Huius autem decisionis ac conclusionis nostræ fundamentum est, in verbis testamenti, neque enim testator domos suas simpliciter legauit, vel etiam domos suas cum earum pertinentiis sed domos suas cum earum pertinentiis, prout illas ipse testator possedit, iisque vsus & fruitus est. Germanice ita, Mit aller jhrer Zugehörung/ wie solche der Testator besessen/ genützt vnd genossen hat.

Quare nos versamur in ea quæstione, quando testator † legat domum, prout ipse possedit, vtrum videatur legare domum instructam, sicuti erat tempore mortis, id est, cum mancipiis, pecoribus, supellectili & aliis, quæ in ea testator habuit. 8

Ad quam quidem quæstionem Scæuola respondere noluit, quasi quæstio facti videretur, quia scilicet ex voluntate testatoris dependeret, vt patet *ex l. Seia. §. vlt. ff. de fundo instr. vel instr. leg. quod adiecit testator*, inquit, *vti possedi, an hoc significet sicut instructa in diem mortis habuit:* id est, *cum mancipiis, pecoribus, instrumento rustico. Respondit, non de iure quæri.*

Cæterum & si Scæuola non responderit, tamen Papinianus respondit, *in l. prædiis. §.1. de leg.3. Ex his verbis*, inquit, *Lucio Titio prædia mea illa cum prætorio sicut à me in diem mortis mea possessa sunt do, instrumentum rusticum, & † omnia quæ ibi fuerunt quo dominus fuisset instructior deberi conuenit.* Quem quidē text. in hanc sententiam Accurs. citat *in d.l. Seia. §. vlt. ff. de fundo instr.* Nam cum Scæuola ibi responderit, non de iure quæri, Accursius dicit, nisi tamen aliud liqueat, omne instrumentum debetur illis verbis, & citat *d.l. prædiis. §. 1. item l. quæsitum § pro. & l. Lucius Titius. eod. tit. & l. prædia. §. pen. ff. de fundo instr.* poterat etiam citare *l. qui habebat. §. vlt. de leg. 3.* quæ tamen leges non loquuntur præcise, quando testator dixit sicut eas possedi, sed cum dicit, lego fundū vel domum sicuti est, vel sicuti fuerit. Hæc enim verba iudicauit Accurs. idem valere, atq; illa, sicuti possedi, & ideo respondit, in dubio nisi aliud appareat, omne instrumentum deberi, perinde ac si domus instructa legata esset. Et idem scribit Bartol. *in d l Seia. §. vlt. in vers. quod adie it.* sed quid in dubio, inquit. Certe in dubio † videtur legatus 10 fundus instructus, *l. prædia. §. ita legatum. ff. eod. tit.* & 9

idem

idem Bart. docet *in l. 1. nu. 5. C. de bonis vacan. lib.* 10. easdem leges allegat. idem sentit Iason *in l. vlt. num. 2. ff. de consti. princ.* dum respondit supellectilia domus includi in legato domus, vigore illorum verborum, *sicut testator possedit, vel sicut est.*

Cum ergo in proposita specie sit perinde statuendum, ac si domus instructæ legatæ fuissent, sequitur dicendum, non solum legato contineri domorum ipsarum instrumenta, verum etiam instrumenta patrisfam. & supellex, & omnia quæ ad vsum eius ibi fuerunt cum moreretur. *l. pen. ff. de fund. instr. l. quæsitum. § sed si fundus. ff. eod.* & Sabinus (inquit text.) libris ad Vitellium scribit, fatendum esse, *plus esse cum instructus fundus legatur quam si cum instrumento: quam sententiam quotidie increscere & inualescere videmus.* Quanto igitur hoc legatum vberius sit videndum est, & Sabinus definit, & Cassius apud Vitellium notat, omnia quæ eo sunt collata, vt instructior esset paterfamilias instructo inquit continebuntur, id est, quæ ibi habuit, vt instructior esset. Hoc ergo legato non agri instrumentum, sed proprium instrumētum suum reliquisse videtur. Proinde si fundus sit instructus legatus, & supellex cōtinebitur, quæ illic fuit vsus ipsius gratia: & vestis non solum stragula, sed qua ibi vti solebat mensæ quoque eboreæ, vel si quæ aliæ, item vitrea, & aurum & argentum, vina quoq; si qua ibi fuerint, vsus ipsius causa continebūtur, & si quid aliud vtensilium, &c. & infra in eadem lege iterum hæc repetuntur in domo instructa legata in *§. Idem respondit domo instructa legata, mensas eboreas, & libros non contineri, sed hoc falsum est. Nam omne quicquid in domo fuerit, vt instructior ibi esset paterfamilias, continebitur. Supellectilem autem patrisfamilias instrumentum esse, nemo dubi &c.*

Et quod in casu isto ita sint accipienda testatoris verba ac si instructas domos suas legasset etiam hac ratione confirmari potest quia testator legauit eas cum earum pertinētiis, prout ipse possedit & fruitus est, sed testator eas possedit instructas, ergo eodem modo legasse videtur. Illa enim verba prout vel sicut possedi, relationem important ad eum modum, quo testator possedit: ideo quicquid continetur in
11 termino † ad quem fit relatio, etiam in ipso referente continetur, saltem implicite, *l. Asse toto. ff. de hered. inst. l. at prætor. §. si iudex. ff. de re iud. l. si ita scripsero. ff. de cond. & demonstrat.* Tiber. Decian. *in cons. 123. num. 31. & 32. lib. 3.* Bald. *in cons. 358 lib. 2.* & de dictione *prout,* quod includat limitatiue omnia quæ sunt in dispositione ad quā refertur, respondit Decius *in cons. 497. num. 5.* & ante eum Bart. *in tract. ad reprimendum. verbo, prout. n. 2.* Celsus Hugo *in cons. 26 n. 35.* Roman. *in cons. 528. n. 7.* Bursat. *in cons. 1. n. 45. vbi alios citat.*

Ex quibus ad contraria argumenta responsum colligitur: ad quæ tamen sigillatim respondebimus, vt res magis elucescat.

Ad primum itaque argumentum quo dicebatur bonorū immobilium appellatione aut ēt domus, nō contineri mobilia bona, sed tantum ea, quæ sunt affixa & cōiuncta, vt videantur esse pars dom⁹; respondemus id concedendo verum esse, & locum sibi vindicare, vbi bona immobilia vel domus simpliciter legantur, & ita loquuntur leges & Doctores allegati. Cæterum in præsenti specie non versamur in nudo & simplici legato domus, sed legatæ fuerunt domus à testatore cum adiuncta qualitate illa cum earum pertinentiis sicut eas possedit ipse testator, vt in testamento habetur: quo in casu censentur legatæ, cum omnibus iis, quæ ibi fuerunt, quo paterfamilias instructior esset, & consequenter cum lectis & aliis mobilibus quæ ibi reperta sunt tempore mortis. Neque enim negari potest, quia ex illis paterfam. instructas illas domus haberet.

Quæ responsio valet etiam ad secundum argumentum, quo dicebatur, domo legata, supellectilia non contineri; Namque id verissimum est, cum domus simpliciter est legata, secus si legata sit, vt in casu nostro, cum pertinentiis vti à testatore possessa est, *l. prædiis. §. 1 de leg. 3 & supra deduximus latius.*

Ad tertium respondemus, illud argumentum sibi locum vendicare, vbi domus cum instrumento relicta est, tunc enim continetur eo legato tantum domus instrumētum, non autem patrisfamilias legantis. Cæterum hic non est noster casus, sed casus noster est, cum testator legauit domum, prout ab eo possessa est, tunc est perinde, ac si domum instructam legaret, & sic eo legato continentur etiā instrumenta ipsius patrisfamilias, vt docet text. *in d. l. quæsitum. § sed si fundus. ff. de fundo instr.* cum aliis supra allegatis.

Ad quartum argumentum respondemus, licet testator non fecerit expressam mentionē mobilium & supellectilium, quæ in domibus legatis erant, quia tamen eas domos legauit cum earum pertinentiis, prout illas ipse possedit, eisq; vsus & fruitus est, consequenter voluisse videtur eas legare, prout instructę fuissent tempore mortis, ita enim leges interpretantur testatoris legatum in hac specie, vt omnia contineat quæ in domibus legatis fuerunt, ex quibus instructior esset paterfamilias qui legauit, vt iam supra demonstratum est & sæpius repetitum Et † ideo 12
satis expressum dici potest quod vi verborum continetur Bart. *in l. si is le. ussor. § meminisse. de leg. 1.* Rum. *in l. Gallus. §. quidam recte col. 2. ff. de lib. & posthum.* Cephal. *in cons. 144 num. 30. lib. 1 & in cons. 74. n. 21. & 135. num. 20. & 150. n. 12.*

Et hæc sufficiant quantū attinet ad primam quæstionem.

Sequitur secunda quæstio cum ad dictas domos legatas seu Hofmarchias etiam feudalia quædā bona pertineant, quibus testator tanquam ad eas pertinentib. vsus & fruitus est, & feuda quoque sint communia, quorū legataria Anna Maria æque bene sicut vniuersalis heres capax est; quæritur num hæc feudā legato hoc contineantur, & cui, legatariæ ne an heredi debeantur.

Videbatur nobis prima fronte dicendum ea pertinere ad heredem non ad legatariam, neque legato contineri. Primo, quia testator legauit suas domos cum earum pertinētiis, sed nec appellatione domus nec pertinentiarum appellatione continentur bona particularia, sunt enim res diuersæ plane ac separatæ, & ideo cū in legato expressa non sint, non continentur: quod enim in testamento omittitur habetur pro omisso. *l. commodissime. ff. de lib. & posth.* nec testamento aliquid est addendum vel detrahendum, etiamsi id ex intentione testatoris esse dicatur, dummodo non transiuerit ad dispositionem. *l. quidam cum filium. ff. de hered. instit.* Non enim † sufficit testatorem velle nisi 13
disponat, vt ibi Bald. dicebat Alex. *in l. 3. C. de lib. præte. in fin.* Soc. *in l. in ambiguo. in vltimo notabil. ff. de reb. dubiis.* Decius *in l. semper in stipulationib. nu 3. de reg. iur. in l. non omnium. 3 ff. si cert. pet. & in cons. 11 n 4. cons. 15. n 1. & alibi.*

Præsertim vero in casu nostro in quo facile testator id exprimere potuisset, si & prædia quoque legate voluisset, sicut expresse legauit domos. *iuxta l. vnicam. § sin autem ad despicientu C. de cad. tollen. c. ad audientiam. de decimis. & inter incorporalia. vers. vnde & sic circa. de* transld.

trarila prala Decius *in conſ.15. nu.* 1. ideo cum non expreſſerit, ſub legato non veniunt. *argum. l. ſi ſeruum. §. non dixit prator ff. de acq. hered. l. 4. §. Titius. ff. de damno infect. cum vulgatu aliis.* vt per Felin. *in c. nonnulli. verſ. vbi verba non conueniunt. de reſcrip.*

14 Secundo, quia in legatis ſtricta fit † interpretatio. *l. apud Iulianum. §. ſcito. de leg.* 1. *l. nũmis. de leg.* 3 Decius *in l. in teſtamentis. de reg. iur. & in l. pecuniam quam. num. 9. ff. ſi cert. pet. in c. inter cæteras nu. 9. de reſcript.* Iaſ. *in l. non dubium. col. 9 C. de leg b* Ratio eſt quoniam teſtator cenſetur minus voluiſſe grauare heredem, quam ſit poſſibile. *l. vnum ex familia. § ſi rem de leg. 2. l. qui cõcubinam. §. qui ita de leg* 3. late Crauet. *in conſ. 52. n* 3. *& 149. n. 15.* ergo non cenſetur legaſſe bona feudalia, de quibus nullam fecit mentionem.

Tertio, quia cum legatæ domus dicãtur eſſe Hofmarchiæ, ad ſimilitudinem caſtri, eius pertinentiæ nõ ſunt aliæ, quam iuriſdictio. Nam pertinẽntiæ dicuntur quæ lege, ſtatuto vel conſuetudine ſunt deputatæ, vt rei accedant. Caſtro autem nihil corpora-
15 le † eſt deputatum, ſed conſueuit ei iuriſdictio aſſignari territorii, vt dicebat Innocent. *in d. c. cum ad ſedem num* 2. *de reſtit. ſpolia.* quem Doctores multi ſecuti ſunt, quos commemorat Antonius Gabriel *lib. 6. comm concl. tit. de verb. ſignific. concl.* 10. Ergo nec prædia ſeu bona feudalia de quibus agitur contineri poſſunt pertinentiarum nomine, cum ſint res immobiles & corporales, vt patet.

Quarto, ita videbatur reſpondendum ex authoritate eorum, qui in terminis quęſtionis huius de Caſtro cum ſuis pertinẽtiis conceſſo vel legato reſpon-
16 derunt, ſub † nomine pertinentiarum non comprehendi prædia & alia bona particularia quæ concedens poſſidebat in territorio dicti Caſtri, ita omniũ primus docuit Imola *in l. 3. ff. de acq. poſſeſſ* Alex. *ibid col. pen. & in conſ. 222 in fin. lib. 3 & conſ 14 circa finem. lib. 7.* Aretin. *in conſ. 15 col. 1.* Afflict. *in vſibus feudor. tit. de Capitanee qui auiam vendidit. num* 8 Iaſ. *in l. vlt. col* 2. *verſ. videtur etiam ff. de conſtit. princ.* Ruin. *in conſ. 45. lib. 1.* Socinus iun *in conſ. 160 num 31. lib. 2.* Curt. iun. *in conſ.* 158. Alciat. *conſ. 33. num. 5. in 3. tom.* Alba *in conſ. 78 n. 12.* Natta *conſ. 3 3 col 2* Cæphal. *in conſ. 150. num. 15 16. lib. 2.* Rolan. à Valle *in conſ. 33 num. 22. cum ſeqq lib.* 4. Hippolit. Riminal. *in conſ. 19 lib. 1.* Crauetta *in conſ. 480 num. 3.*
17 *lib 3.* Et licet † in conceſſione facta à principe alicuius Caſtri cum ſuis pertinentiis, multis placuerit etiam prędia & bona particularia quę ibi ſunt comprehendi, alia tamen eſt ratio in cõceſſione priuatorum hominum, quia beneficia Principis latiſſime ſunt interpretanda. *l. vlt. ff. de conſti. prin.* non ſic priuatorum hominum conceſſiones ac diſpoſitiones, vt notat Crauetta *in conſ. 895. num 4. lib. 5.* Præſertim vero in legatis in quibus ſtricta fit interpretatio, vt dictum eſt.

Verum his & ſimilibus quæ adferri poſſunt non obſtantibus, ita reſpondemus ad propoſitã quæſtionem Quod ſi verum eſt in facto, prout narratur, ac nobis præſupponitur, teſtatorẽ qui domos ſeu Hofmarchias legauit, cum ſuis pertinentiis, feudalia bona poſſediſſe, illiſque tanquam ad dictas domos legatas pertinentibus vſum & fruitum fuiſſe, etiã feudalia bona contineri, eodem legato, eaque legatariæ non autẽ heredi deberi. Idem reſpõdemus iuris eſſe, ſi teſtator eodem tempore eodemq; titulo dicta feudalia bona acquiſiuit vna cum domib. ſeu Hofmarchiis legatis. Tunc enim ſub nomine pertinẽtiarum ſimiliter contineri dicimus atque decidimus.

Pro huius autem concluſionis ac reſponſi noſtri cõfirmatione, illud in primis adferre poſſemus quod ſimpliciter & abſolute & ſic in fortioribus terminis, vt dicitur, multi reſponderũt, nempe legato vel conceſſo caſtro cum pertinentiis, etiam prædia quæ ibi ſunt poſſeſſa à concedente contineri, quoniam verbum pertinere latiſſimam habet ſignificationem. *l. verbum pertinere. de verb ſign.* & pertinentiæ ſunt quædam † acceſſoria, quæ proinde ſequuntur naturam 18
ſui principalis. Prædia autem accedere ſiue acceſſoria eſſe videntur, & ideo legato continẽtur, ſicuti reſponderunt Iaſ. *ad l. quo minus. in 20. queſt. ff. de fluminib.* Andr. Siculus *in conſ. 57. col. 10. lib.* 4. Socin. iun. *in conſ. 106. nu. 3. lib. 2.* & alii quos citat Ant. Gabr. *lib. 6 comm. concl. concl, 10. n. 11.* quibus accedunt Berous *in conſ. 51. lib. 1.* Cæphal. *in conſ. 144. lib. 1.* Menoch. *in conſ. 140. lib. 2.* Sed quoniam iſtud fundamentum non eſt ſatis firmum, quia alii Dd. quam plurimi contrarium reſpõderunt, ideo nõ innitimur hoc argum. ſed aliis ſeqq.

Quorum illud primũ eſt, ꝙ cum quæſtio eſt, quæ bona dicantur eſſe de pertinentib ad rẽ legatã, id ex patrisfamilias vſu ac deſtinatione potiſſimũ cognoſci ac recte definiri poteſt, quamobrem ſi, vt dicebamus, verũ eſt, in facto, ꝙ teſtator bonis his feudalib. de quib. agitur vſus ac fruitus ſit † tanq̃ pertinentib. 19
ad legatas domos ſiue Hofmarchias, ſequitur dicendũ ea legato cõtineri. Probatur hæc ſentẽtia *argum. l. ꝙ in rerũ. § ſi quis poſt. de leg. 1 ſi quis poſt teſtamentũ factum,* ait Pompon. *fundo Titiano legato partẽ aliquam adiecerit, quã fundo Titiano deſtinaret, id quod adiectũ eſt, exigi à legatario poteſt. & l prædiis. § qui domũ. de leg.* 3. ibi, *ſi hortũ domus cauſa cõparauit, &c. domus legato continebitur. ex l. Caius. § 5 de leg. 2.* ibi *Paulus reſpondit, ſi teſtator fundũ Seianũ vno nomine vniuerſum poſſedit, quãuis eundẽ diuiſis partibus locauerat, vniuerſum eũ ex cauſa fideicõ miſſi præſtare oportere, &c. ex l. ſi cui ædes. de leg. 3.* ibi, *in vſum alterarũ concurrerit atque ita vſus fuerit, namque eo modo alteris adib. id accedit ex l. nomen § 1. &* ibi Gl. *in verbo, conſuetudinẽ. eod. tit. ex l. ſeruis vrbanis. eod* ibi, *Dicendum eſt autẽ quod vrbani intelligendi ſint quos paterfa. inter vrbanos adnumerare ſolitus ſit.* Et ꝙ ex vſu & deſtinatione patrisfamilias ꝓbetur aliquid eſſe de pertinẽtiis rei legatæ, ex his legib. & aliis, Doctores noſtri paſſim docuerunt, id notat primo Tiraq. *de retract conſang. § 36. Gl. 3. n.* 4. & ante eũ Bart. *in l ſi ſeruus plurium. § numerus. de leg. 1. & clarius in l cum certũ. ff. de vino, tritico & oleo leg.* Ruin. *in conſ. 71 li. 2.* Cæphal. *in conſ. 144. n. 17. lib. 1.* Menoch. citans alios *conſil. 140. n. 24.* Simon Prætus *de interpret. vltim. volunt. lib. 4. dubitat. 7. nu. 39.*Burſat *in conſ. 2. n. 49. lib. 1.* vbi alios citat And. Geil *lib. 2. obſ. 61. n. 4.* Porro quoties inquit de pertinentiis diſputatio vel controuerſia incidit, vtrũ talis fundus, villa aut pagus ſit pertinens alicuius caſtri, inprimis & ante omnia deſtinatio patrisfamilias attendi debet, vtrum nimirum talem fundũ aut pagum ad caſtrum deſtinauerit, an eo vſus ſit, opera & ſeruitiis ruſticorum atque ſubditorum ſuorum: noſtra enim deſtinatione fundorum nomina & domus, nõ natura conſtituuntur, allegat leges ſuperius à nobis allatas, & alia multa.

Tertium argumentum eſt ꝙ ſumitur eo in facto præſuppoſito, ꝙ ſcilicet vno eodemq; titulo teſtator & Hofmarchias & bona feudalia acquiſiuerit. Tunc enim appellatione pertinentiarũ continentur. Nam licet cõtrouerſia ſit inter Dd. vtrum conceſſo vel legato caſtro vel domo cum pertinentiis, veniant prædia, poſſeſſiones, molendina, & ſimilia bona particularia, quæ vna cum caſtro poſſidentur ab eo qui conceſſit vel legauit: aliquibus affirmantibus contineri, aliquibus vero id negantibus, hæc tamen diſtinctio recepta eſt, & iuri conſona videtur, vt ſi vno & eodem

eodem titulo acquisita sit domus, siue castrum simul cum aliis bonis, tunc illa etiam contineantur, *argumento l. prædiu. § qui domum. de leg. 3 illis verbis. appellatione domus insulam quoque iunctam domui videri legatum.* si vno precio cum domo comparata fuisset, & ratio est,
10 quia tunc † prædia & alia similia videntur accedere castro & eodem iure censeri cum ipso castro, ac proinde pertinere ad ipsum castrum, ita omnium primus docuit Baldus *in c. 1 de Capitaneo, qui curiam vendidit. num.* 10. *vers. sed Ioan. Andr.* Franciscus Aretin. *ad l.* 3. *num.* 10 *ff. de acquir. poss.* Socin. iun. *in cons.* 160. *nu.* 52. *lib* 2 Gabrielius *lib* 6. *comm. concl. tit. de verb. sign. conclus.* 10. *num* 12. *vers. concorda* Berous *in cons.* 5. *lib.* 2. Cæpha. *in cons.* . *num.* 45. 46. & 47. *lib.* 1. Crauetta *in cons.* 345. *num* 10 *lib.* 4. vbi citat Angelum & Paulum Castrens. *in l. Olympico ff. de ser. vrban. præd.* & Decium *in cons.* 109. *col.* 2. *vers. tertio facit.*

Nunc superest, vt argumentis in contrarium à nobis allatis respondeamus.

Ad primum itaq; respondemus, testatorem satis posse dici expressisse etiā bona feudalia sub nomine pertinentiarum, vt supra deductū est, præsertim cum dixerit sicut illas possedit & eis vsus & fruitus fuit: dicta vero bona feudalia tanq̄ pertinentia possederit. Et quādo testator aliquid exprimit saltē verbis ge-
21 neralibus † non habet locum regula. *l. vnica. § fin autem ad deficientis. C. de cad. tollen.* & declarat Crauetta *in cons.* 297 *col. antepen.* Menoch. *d. cons.* 140. *num.* 16. *lib.* 2. Nam, vt supra etiā diximus illud satis dicitur expressum quod ex vi & generalitate verborū colligitur. *l. Gallus § quidam recte. ff. de lib. & posthu.* Cæphal. *in consil.* 140 *num.* 30 *lib.* 1. & *in cons.* 74. *num.* 20 & 8 . *num.* 75. & 133 *num.* 8 & alibi vbi multos alios citat Crauetta *in cons.* 149. *n.* 1 & 257. *n.* 6.

Ad secundum respondeo, legata quidem stricte interpretanda esse, & heredem grauatum minus præsumi à testatore quoad eius fieri potest, sed cum verba legati sunt generalia, vt hoc in casu cum earum pertinentiis, prout testator vsus & fruitus fuit,
22 certe non potest fieri stricta † interpretatio, vt dicebat in simili Crauet. *in cons.* 297. *n.* 3. *vers. secundo principaliter* præsertim quia factum est personæ cui testator affectionem habebat, vt per Crauettā vbi supra, *post num.* 7. *vers. non obstat tertium.* Denique illud argumentum procedit in dubio, vt etiam loquuntur leges allegatæ, sed hoc in casu res videtur clara ex legibus nostris & communi Dd. interpretatione, vt dictum est supra.

Ad tertium respondeo regulariter quidem pertinentias castri esse iurisdictionem & non prædia, & bona particularia, sed hæc regula non habet locum in duobus casibus. Primus est quando apparet ex vsu vel cōsuetudine testatoris, quæ nam essent pertinentiæ. tunc enim etiam alia bona particularia dicuntur esse ex pertinentiis, vt supra late demōnstrauimus. Secundus casus est, ex communi Dd. sententia & interpretatione, quando bona particularia simul cum castro acquisita fuere & sic eodem titulo & tempore empta sunt, & vno precio simul cum castro. Quod si in præsenti casu acciderit tunc res erit posita extra omnem dubitationem.

Ad vltimum argumentum ex Dd. authoritatibus petitum respondemus. Primo authores authoribus opponendo, qui scilicet contrarium responderunt. Secundo eos qui in argumento adferuntur non loqui, quando ex vsu patrisfamilias bona particularia erant ex pertinētibus castri. Tertio, non loqui quando vno precio & vno eodemque titulo acquisierit.

Postremo, non loqui quando sunt illæ circumstantiæ, de quibus in specie hac nostra. Cum videlicet testator legauit domus cum earum pertinentiis, prout ipse illis vsus & fruitus est. Tunc enim si testator illis est vsus vna cum prædiis & aliis bonis feudalibus, tanquam ad eas pertinentibus, certum est etiam bona ipsa feudalia legato contineri: ex dictis supra.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Illustr. Dominis V. patriciis A.

Argumentum Consilii LXVI.

Filiofam. patria potestate liberato ob matrimonium contractum ex consuetudine Augustanæ Ciuitatis, vtrum pater vsumfructum amittat bonorum maternorum filii & de vi & efficacia quorundam pactorum dotalium.

Summaria.

1 *Pater in præmium emancipationis habet dimidiam partem vsus fructus bonorum filii.*
2 *Cessante causa cessat effectus.*
3 *Filiusfam. alienare non potest bona in quib. pater vsumfructum habet.*
4 *Pater monachus effectus amittit vsumfructum bonorum filii.*
5 *Pater amittit vsumfructum bonorum filii patria potestate liberati per matrimonium contractum, stante consuetudine.*
6 *Mater vsumfructum habet bonorum filii primi matrimonii, si transeat ad secunda vota.*
7 *Actio de dote transit ad filios, tanquam heredes matris.*
8 *Vsusfructus semel quæsitus patri, non amittitur soluta patria potestate.*
9 *Contra ibi.*
10 *Sed prior sententia defenditur.*
11 *Filia habet heredem in dote profectitia.*
12 *Pacta seruanda quibus secundæ nuptiæ impediuntur.*
13 *Pacta transeunt ad heredes, nisi personalia sint.*
14 *Transactione vnius alter non læditur.*
15 *Quod nostrum est, sine facto nostro nobis non auferetur.*
16 *Nec debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.*
17 *Pater transigere nequit de re filiorum, quos in potestate non habet.*
18 *Transactio matris non nocet filiis.*
19 *Tutori non licet rem tenere iura pupillorum.*
20 *Mater quæ tutrix non est administrandi bona filii, ius non habet.*
21 *Bonæ fidei dicitur qui putauit eum, qui contraxit potestatem habuisse contrahendi.*
22 *Malæ fidei est scientia propriæ obligationis.*
23 *Cessat præscriptio ob malam fidem.*
24 *Præscriptio longissimi temporis, non habet locum vbi constat de vitioso initio.*
25 *Et propterea habens titulum vitiosum, non debet illum producere.*
26 *Mater tutrix non potest administrare, nisi prius solennibus adimpletis.*

Dd 3 27 Quod

27 *Quod nomine nostro gestum non est, ratum à nobis haberi non potest.* *(testate.*

28 *Præscriptio non currit aduersus eum, qui est in patria po-*

Christi nomine inuocato.

QVod responsum est à clariss. & consultiss. viro D. Maximiliano Mayr, I.V. Doctore, nobis, iuri & rationi consentaneum videtur, nempe præsupposita cõsuetudine A. Ciuitatis, quod filius vxorem ducens patre viuente à patria potestate liberetur D.C.V. seniorem ac patrem D. C. iunioris vsumfructum bonorum dotalium primæ suæ vxoris, ac matris dicti D. C. iunioris amisisse, ex eo tempore, quo ipse D. iunior vxorem duxit. Nec non eundem D. C. seniorem propter transitum ad secundas nuptias vigore pactorum dotalium 3. Ianuarii, anno 1541. cum supradicti D.C. iunioris matre, eademque vxore sua priore initorum restituere debere, atque debuisse omnia bona materna, etiam illa, quæ vxori per donationem Morgengab/dedit, & fructus post vxoris mortem perceptos secundum modum, & formam, quæ in dictis pactis latius continetur: non obstante vltimo pacto 1553. mense Septembris inito, inter eundem D. C. seniorem, & D.B. eius patrem ex vna & D.R. auiam maternam, ac D.I.H. auunculum liberorum dicti D.C. senioris ex altera.

Hoc, vt dicebamus, responsum nobis probatur, & quoniam rogati sumus decisiue, vt loquuntur, procedendo, omissis in vtramq; partem argumentis pro eiusdem responsi approbatione, & confirmatione si iuri consentaneum nobis videretur illud approbare ac nostra subscriptione communire, ideo breuiter huc adferemus argumenta, quæ nos in hanc sententiam impulerunt, & simul obiectionibus, quæ fieri possunt, occurremus.

Vt igitur ordine procedamus prius de priori articulo verba faciemus, deinde de posteriori. Prior autem articulus est an præsupposita dicta consuetudine Ciuitatis A. quod filiusfam. vxorem ducens patre viuente patria potestate liberetur, d D. C. senior vsumfructum dictæ dotis maternæ amiserit. Ad hũc igitur articulum quod attinet respõdemus D.C. seniorem, ac patrem d. D.C. iunioris vsumfructum amisisse dotis maternæ propter nuptias d D. C. eius filii, ex quibus liberatus esse à patria potestate vigore dictæ A. consuetudinis intelligitur. Hoc autem iuri & rationi consentaneum esse planum facimus.

Pater vsumfructum, quẽ ratione patriæ potestatis habet bonorum, quorum filius est dominus, sublata patria potestate amittit (& loquimur quando patria potestas soluitur alio modo, quam per emãcipationem factam ab ipso patre, tunc enim in præmium
1 emãcipationis † habet dimidiam partẽ vsumfructus. *ex l cum oportet. § cum aut C. de bonis, q. liber.*) Sed pater ratione patriæ potestatis vsumfructum habet dotis maternæ filiorũ quando vxor ipsius mortua est, eademq; mater filiorũ, & sic matrimoniũ vxoris morte solutum est, & ad ipsos filios spectat dos quantum ad dominium. Ergo talem vsumfructũ pater amittit sublata patria potestate aliter quã per emancipationẽ, puta per nuptias contractas ab ipso filio, quo casu vigore consuetudinis Ciuitatis A. patria potestas dicitur esse sublata, & filius sui iuris esse, & pro patrefamilias habere intelligitur. Huius argumenti propo-
2 sitio ꝓbatur primo ex generali iuris regula, † cessante causa cessat effectus. *l 3. ff. de iure dot. l. adigere. §. quãuis. ff. de iure patron. c. cum cessante. de appell* & latissime Tiraq. *in tr. cessante causa cessat effectus.* Cum igitur patria potestas causa sit vsusfructus patris, & illa cessat, merito cessat etiam effectus, & sic vsusfructus amittitur, qui ex ea oritur.

Secundo, quia cũ filius liberatus est à patria potestate ac sui iuris effectus ex eo ꝙ vxorem duxit tunc pro patrefamilias habetur, quare nõ est rationi consentaneũ, vt eius pater perinde bonorũ morũ vsumfructum retineat, atq; si esset in eius potestate, sicut enim ipse est iã sui iuris effectus, ita bona sua integro ac pleno iure habere debet, & quantũ ad proprietatẽ, & quantum ad vsumfructum. Idq; videtur esse legib. consentaneum. Nam si pater deberet etiã sublata patria potestate vsumfructũ habere, tunc maxime illi vsusfructus deberetur, cũ ipse pater filiũ emancipando author est ipsius liberationis, & tamẽ non habet, sed in præmium duntaxat partẽ dimidiam loco tertiæ bonorũ partis, q̃ olim habebat ex l. Constantiniana, *vt in d. l. cũ oportet. § cũ autẽ. C de bonis quæ lib* Et antea secundum Theodos. *l. 3. C. de bonis mater.* pater emancipato filio omni cõmodo erat destitutus, nec retinebat vsumfructũ bonorũ maternorum, sed virilẽ duntaxat portionẽ vna cũ aliis filiis ipsius vsusfructus obtinebat. Hinc Iustinianus *in d. l. cum oportet. in princ.* eorum vsusfructus (inquit) apud patrem vel auum, vel proauum quorum in sacris sit constitutus permaneat, quibus verbis indicare videtur vsumfructum permanere si sit in patria potestate filius.

Tertio, nã si pater vsumfructũ haberet bonorũ filii sui iuris effecti, nõ liceret filio ea bona sine consensu patris obligare vel alienare, *argum. l. gn vlt. § filiis autẽ fam. C. de bonis quæ liber.* & sic fili⁹ † quodãmodo rediret 3
in patriã potestatem, vtpote de rebus suis non valens disponere sine patris consensu, non posset libere, & tanquam paterfam. cõtrahere, & sua obligare bona, & quodã modo contrahentes deciperentur, qui eum pro patrefam. reputantes nullũ exigerent patris consensum. Hæc autem absurda esse videntur, & à legib. nostris, ac iuris, & æquitatis ratione longe aliena.

Quarto probatur argumento sumpto ex Dd. authoritate, qui docuerunt patrem monachum effectum & religiosum professum, licet capacem bonorum in communi, vsumfruct. quem habebat in bonis filii ideo amittere, quia per illam professionẽ factam religionis † in potestatem superioris redactus, filium 4
desinit in potestate habere, & sic cessante patria potestate, quę erat causa vsusfruct. cessare etiam vsusfruct. debet, ita olim docuit Mart Siliman. vt posteriores testantur, & Salyc. *in auth idem est. C. de bonis quæ liberis. & in auth. ingressi. C. de Sacrosanct. eccl.* & eodem in loco Ias. *in vlt. col.* Cyn. & Alber. *in d. auth. idem est.* Hippol. Marsil. *sing. 668* Couar. *in c. 2. n. 8. de testam.*

Postremo probatur eorum authoritate, qui in hac ipsa specie, qua de agitur, responderunt patrẽ vsumfruct. amittere bonorum filii, qui ex cõsuetudine vel statuto ciuitatis p contractum matrimonium liberatur † patria potestate, si tñ filius patre cõsentiente (vt 5
in casu nostro) illud contraxerit. Ita respondit Boer. *dec. 197. n. 6. 7. 8.* Cephal. *in cons. 23. n. 54. li. 3.* & sic quotidie in Saxon. obseruari; testis est Io. Schneidevvin. *in tit. de patria potestate. nu. 47.* & ibi Wesemb. *in addit.* sic & Pinell. *ad l. 1. part. 1. C. de bonis mater. nu. 39.* testatur filio coniugato, secundum leges Regias patria potestate liberato, patris vsumfructum cessare.

Non obstat supradictis primo si obiciatur matrem vsumfructum † retinere bonorum, quæ acquisiuit ex 6
primo viro, vel ex successione filiorum primi matrimonii. *l. fœmina. C. de secund. nupt.* & tamen constat eam liberos in potestate non habere, ex quo argumẽtum

sum-

sumi videtur vsusfructus acquisitionem ac detentionem ex potestate patris non pendere.

Nam facile respondetur, matrē scil. vsumfructum retinere bonorum, quæ à primo viro acquisierit, vel ex filiorū primi matrimonii successione, hoc videlic. modo, ꝙ ex proprietaria efficiatur vsufructuaria, *vt in d. l. fæmina.* & ille vsusfructus, quem retinet secundo nubēs, nil cōmune habet cum potestate in filios, nec ab ea pendet, sed est pars dominii pleni, ꝙ mater habuit ex successione filiorū, vel ex lucris nuptialib. & quo ꝓpter transitum ad secundas ita priuatur, vt dūtaxat vsumfruct. in dies vitæ suæ retinere possit. Quare ille casus longe diuersus est, & alienus ab hoc nostro, in quo pater soluto matrimonio per mortē vxoris non habet dominium dotis maternę filiorum, sed vsumfructum tantum, *vt in l. 1. C. de bonis mater. & in l. cum oportet. C. de bonis quæ lib.* & hoc rōe patriæ potesta-
7 tis. Actio † enim de dote soluto matrimonio p mortem vxoris transit ad filios, tanquam heredes matris, *l. vn. § illo procul dubio. C. de rei vxo. act.* & latius infra dicetur. Quare dominium ipsius dotis ad filios ptinet. Consequenter quicquid iuris pater habet ratione vsusfructus, in d. dote materna filiorum, illud ex patria potestate oritur.

Secundo non obstat, si dicatur vsumfructū semel
8 patri acquisitum † non amitti soluta patria potestate morte filii *l. vlt. C. ad Tertul. l. 3. C. de vsufr.* & consequenter etiam cessante patria potestate vsumfr. non cessare, quoniam lōge differt ille casus ab hoc nostro, quo videl. filius non est mortuus, sed viuit, & sui iuris est, qui cum pro patrefam. habendus sit, & sua bona iam administrare debeat, seque & sua gubernare, iuri etiam, rationi, & æquitati conuenit, vt suis bonis vti, ac frui possit ac debeat.

Tertio non obstat, si obiiciatur eorum authoritas, qui dixerunt, filio liberato à patria potestate propter aliquam qualitatem, vtputa, propter patriciatus honorem vel episcopalem dignitatem, *iux. § filiusfamil. in instit. quib. mod. ius patriæ potest. solu. & auth. sed episcopa-*
9 *lis. C. de Episcop. aud.* non tamen patrem † vsumfructum bonorum eius amittere, vt refert Pinellus *ad l. 1. Cod. de bonis matern. in prima parte. num. 42.* & Ascanius Clemens *de patria potestate. cap. 6. effectu 2. num. 34.* Nam respondemus illos Doctores nulla firma iuris ratione niti, & confutari ex superius deductis posse, & eis præferendos esse alios, qui contrarium asseuerando melioribus rationibus nituntur, eorum enim fundamentum est *in l. vlt. C. ad Tertul.* quæ loquitur, qn̄ soluta est patria potestas morte filii, q̄ casus differt ab hoc nostro, & in quodam pronunciato, quod cessante causa non cesset effectus, quando iam est consummatus & perfectus, quod in specie ista, si locum haberet, sequeretur patrem totum vsumfructum retinere, etiam filio emancipato quod est falsum.

Ex his argumenti nostri propositio satis videtur firmata, nunc ad assumptionem probandam accedamus. Illa vero hoc continet patrem ratione patriæ potestatis vsumfructum habere dotis maternæ filiorum suorum, cum vxor eademq; mater est mortua.

Hoc igitur probatur: nam aut pater vsumfructum habet bonorum dotalium vxore mortua, ex pacto dotali, vel ex statuto ita disponente, aut iure patriæ potestatis, quam habet in filium, qui Dominus esse intelligitur dotis maternæ matre iam defuncta, neq; enim tertius aliquis modus inueniri potest, quo pater vsumfructum istum habeat.

Sed pater illum non habet vigore statuti: ergo habet iure patriæ potestatis.

Nam hic nullum præsupponitur esse pactū huiusmodi dotale, quo vir mortua vxore liberis extantib. dotem lucretur, nullumq; statutum, quod marito lucrum dotis, vxore præmoriente deferat: ergo ex iure communi illud habere debet. Quantum vero ad ius communē attinet, certum est, quod soluto matrimonio dos pertinet ad filios, tanquam heredes matris ab intestato, non ex consuetudine Marti. duntaxat, quæ in dubium vocari solet, quando extat pater, à quo dos est profecta, vt notat *in l. dos à patre. Cod. solut. matrim.* qui noster casus non est, quia vxoris pater erat mortuus.

Sed de iure etiam, quia prima causa successionis est liberorum, *vt in Nouell. de hered. ab intest. venien.*

Et quod ad rem nostram attinet est text. expressus *in l. vna. § illo proculdubio. C. de rei vxor. act.* vbi Iustin. ita dicit illo proculdubio in ex stipulatu actione † ser- 10
uando, vt si decesserit mulier constante matrimonio dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionib. sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum suam naturam transmittatur, siue expressa fuerit, siue ex hac lege inesse intelligatur.

Ex quibus verbis perspicuum est, dotem vxore mortua ad eius heredes pertinere, & ii proculdubio sunt præ cæteris omnibus filii, quorum causa potior est in successione, vt dictum est, & quod filia heredem habeat † in dote profectitia, quæ in eam est 11
consolidata morte patris vel aliter, sicut hic tradit Baldus, Nouellus *de dote. parte 8. priuil. 9 10.* & id præsupponunt omnes, qui dixerunt dotem, non ad patrem, sed ad liberos pertinere filia mortua in matrimonio, quia scilicet illis æquum visum est, filios matri in dote succedere, quæ dicitur proprium eius patrimonium, vt videri licet ex Socino Iunior. *in consilio trigesimo quinto libro primo.* & aliis, quos adfert Antoninus Thessaurus *decis. Pedemont. 190. nu. 4. vers. contrariam.*

Cum igitur iure proprio pater non habeat post vxoris mortem dotalia bona, quia illa pertinent ad liberos, tanquam heredes matris, sequitur dicendum ipsum patrem vsumfructū, quem in illis bonis habet iure patriæ potestatis habere, & sic legē Constantini, scil. l. 1. *Cod. de bonis mater.* quæ generaliter loquitur de bonis maternis, & ad patrem vsumfructum pertinere, statuit accipiendam esse de omnib. bonis maternis, et dotalibus, quę scil. ex successione matris, vel ex testamento, vel ab intestato fuerint ad filios deuoluta, & similiter accipienda l. 4. *C. eod. tit.* q̄ patri vsumfructum tribuit bonorum maternorum licet ad secundas nuptias transiuerit, sunt leges istæ accipiendę de omnib. bonis maternis, & sic etiam de dote, præsertim, quia bona materna, vt plurimum in dote cōsistunt, vt dicebat Anton. Thess. *loco proxime citato.*

Constat autem inter omnes eiusmodi vsumfructum ex patria potestate procedere, & patri competere, cum filii sunt in eius potestate constituti. *l. cum oportet. C. de bonis, quæ liberis.*

Ex his probatā esse nostri argumenti assumptionē existimamus, atq; ideo nihil proponi putamus, quin cōclusio locū habeat, ꝙ videl. D. C. Sen. vsumfr. amiserit dotis maternę, ex eo tēpore, ꝙ D. C. Iun. matrim. contraxit, per ꝙ solutus eiusdē potestate intelligitur.

Sequitur secundus artic. de pactis dotalib. in quo similiter probamus sententiam Clar. D. Consult. qui erudite & copiose respondit. Fundamentum aūt nostrum est, ꝙ dubitari non possit, quin talia pacta de iure valeant inter cōiuges, vt si alter soluto matrimonio ad secundas nuptias transierit, amittat dotem

datam, & vsumfructum eius; licet enim conditio-
12 nes, quæ nuptias prohibent in virgine, tã viro quam
fœmina, reprobentur, & etiam nuptiis † contractis
debeatur, quod sub conditione nuptiarum non con-
trahendarum relictum est, *l.2.& 3. de indicta vidui. tol-*
le: tamen ad impediendas secundas nuptias inter vi-
duos valent & seruandæ sunt, vt habetur *in Nouell. Iu-*
stinian. de nuptiis. §. si vero ex qua sumitur auth. quod locum.
C. si mulier secundo nupserit. & in §. qua vero nunc eadẽ No-
uell. ex qua sumpta est Auth. sui relictum. C. de indicta vidui-
tate toll. nd.

Cum igitur talia pacta de iure subsistant & valeãt,
dubium non est, quin etiam ad heredes paciscẽtium
transeant, & sic D. C. Iun. heredi matris suæ defunctę
ex d. pactis ius q̃situm sit, & actio, si verborũ obliga-
tio subsecuta est, vel saltem p̃scriptis verbis: *iuxta l. le-*
gem. C. de pactis Nam actiones quæ ex pactis & stipula-
tionibus descendunt, non solum paciscentibus ipsis
prosunt & accommodantur, verum etiam heredibus
13 ipsorum † paciscentium, nisi sint personalia. *l. si pactũ.*
ff. de probat. l. veterum. C. de contrah. & commit. stipul. si enim
tibi aliquid promitto, heredi quoq; tuo videor pro-
misisse. *l. si ut. §. pen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* & ꝙ con-
uentiones & pacta ad heredes transeant, perspicuum
est, ex l. 2. *C. de pactis inter empt. & vend. ex l. viam veritatis.*
C. loca. Abbas Panot. *in cap. vlt. in primo not. de arbitr.* la-
tissime Ias. *in cons. 113. col. 3.*

Cum igitur & pacta valeant, de quibus agitur, &
ex eis ius quęsitum sit D. C. Iun. heredi matris suę de-
functæ; sequitur illud ius eidem auferri non potuisse
per posterius pactum, absq; eius consensu factum, à
D. R. eius auia materna, & auunculo. Neq; enim pri-
14 uatis pactionibus inter alios † factis ius aliorum lædi
potest *l. Imperatores. ff. de transact.* vbi Scæuola, secundũ
ea quæ proponebantur, respondit, trãsactione vnius
alterum nõ lædi, quia neq; cum eo ipse transigit, neq;
negotium Septitii Mæuius gerens accepit. Idem ha-
betur *in l. si vnus. §. ante omnia ff. de pact.* & ratio est, quia
15 id quod † nostrum est sine facto nostro à nobis aufer-
16 ri non potest. *l. id quod nostrum ff. de reg. iur.* Nec † debet
alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l. non debet.*
17 *eod. tit.* Et ideo de re filiorum † quos in potestate pa-
rens non habet, transigere non potest. *l. de re filiorum.*
18 *ff. de transact.* Et de transactione matris, quod † nõ no-
ceat filiis, est text. *in l. transactione matris. C. eod. tit.* imo
nec pater, qui est legitimus administrator, potest in
bonis maternis filio suo præiudicare ea alienando,
aut donando, aut distrahendo. *l. 1. C. de bonis matern.* &
tradunt Bald. *cons. 357. nulla mulier libr. 1 & 331. quadam*
puella. libr. 3. Tiber. Decian. *in consil. 23. numer. 94. &*
97. libr. 1.

Ex his itaq; inferendo ad propositum casum, dici-
mus, posterius illud pactum quod fecit D. R. auia,
non valere in præiudicium D. C. iunioris. Aut enim
illa id fecit tanquam tutrix dicti D. C. & non potuit
id facere, quia non licet tutoribus & curatoribus re-
19 mittere † ius pupillorum *l. pactum curatoris. C. de pactis.*
cum aliis allegatis docte & copiose, à doctissimo Dn.
Consulente. Aut non fecit tanquam tutrix, & tunc
multo minus præiudicare potuit, quia vt dictum est
pactionibus inter alios factis non possunt alii prægra-
20 uari ac lædi, & mater quæ † tutrix non est (multo mi-
nus auia) ius administrandi bona filii non habet. *l. fi-*
lia. ff. de solut. Alexan. *in cons. 37. col. 1. lib. 3.* Cravet. *in cons.*
39. num. 6.

Non obstat si dicatur illud posterius pactũ factum
fuisse Anno 1553. primum autem pactum An. 1542. &
sic longissimũ tempus iam pręteriisse, ex quo videtur
omnis actio quæ competebat præscriptione sublata,
& pręsumptio oriri, quod illud pactum posterius ap-
probatum, & ratificatum fuerit à Dn. C. Iunior. aut
certe eius vigore Dominum C. Seniorem in bo-
na fide fuisse, præsertim quia bona fides præsumitur,
& ea præsumptio ex tanti temporis lapsu magis con-
firmatur: & deniq; bonæ fidei is dicitur, qui putauit
eum, cum † quo contraxit potestatem habuisse con- 21
trahendi, puta tutorem vel procuratorem esse. *l. bona*
fidei. ff. de v. rb. signif.

Nam singulis obiectionibus ita respondemus, ꝙ
D. C. Senior non potuerit præscribere, & pręscriptio-
nis exceptione se tueri aduersus actionẽ competen-
tem ex priori pacto. Et hoc propter malam fidẽ, nam
cum ille esset † conscius proprię obligationis, & pacta 22
inita non ignoraret. dicitur fuisse in mala fide. *c. si vir-*
go 34. qu. 12. Bart. *in l. Celsus num. 18 ff. de vsucap.* Alex. *in l.*
Pomponius § cum quis. nu. 12. ff. de acq. poss. Menoch. *de ar-*
bitr. casu 225. nu. 8. Consequenter præscriptio ꝓcedere
non † potest ex iure Canon. *c. vlt. de praescript.* quod sine 23
dubio obseruari debet, etiam in foro ciuili, quia de
peccato agitur, vt notant ibi omnes Dd.

Quod vero dicebatur ex lapsu tanti temporis pa-
ctum illud posterius confirmari nõ obstat, quia hoc
haberet locum, si essemus in dubio, alias si clare con-
staret de initio vitioso actus non confirmatur; etiam
ex † longissimi temporis lapsu, vt late Alciat. deducit 24
in cons. 164. nu. 8. vers. non obstat. & latissime Mascard. *de*
probationib. vol. 3. conclus. 1371. n. 63. & propterea qui ha-
bet titulum vitiosum non † debet illum producere, 25
si prætendat se præscripsisse mediante temporis anti-
quitate, vt dixit Paris. *cons. 27. nu. 119. lib. 1.* Etenim titu-
lus vitiosus & nullus, malam fidem parit, & ideo prę̇-
scriptionem impedit, secũdum communem senten-
tiam, vt per Felin. *in c. de quanta. col. 11. vers. limita tertio.*
de præscript. Curt. Iun. *cons. 23. nu. 20 lib. 1.*

Deniq; non obstat, quod dicebatur in bona fide
fuisse Dn. C. Senior. quia fecit pactum posterius cum
D. R. auia dicti D. C. cui secundum leges defertur tu-
tela. *Auth. matri & auia. Cod. quando mul. tutelæ offi. fung.*
poss. quia respondetur eam non fecisse illud pactum
tanquam tutricem, & vt tutricem non potuisse ad-
ministrare, nisi prius † solennibus adimpletis, de qui- 26
bus *in d. Auth. matri & auia.* & inuentario confecto. *l.*
vlt. C. arb. tutelæ & dato, quod omnia fecisset, & sole-
mnia impleuisset, non poterat ius pupilli remittere,
l. pactum curatoris. C. de pact. & consequenter non excu-
sari d. Dn. C. in mala fide, ex traditis per Alciatum *in*
dict. consil. 164. numer. 89. Borguin. *de tutore & curatore.*
num. 33.

Et cum D. R. & dict. auunculus non fecerit illud
pactum vltimum nomine Dn. C. Iunioris, non po-
test dici, quod Dn. C. illud ratificauerit ex lapsu tan-
ti temporis, quoniam quod nomine † nostro ge- 27
stum non est, ratum haberi non potest. *cap. ratum. de*
reg. iur. lib. 6. cum aliis vulg.

Præterea donec Dn. C. Iunior fuit in patris pote-
state, non † potuit contra eum præscriptio currere. 28
leg. prima §. ne autem. Codic. annali exceptione. leg. quarta.
§. vltim. Codic. de bonis quæ lib. fuit autem in potestate
patris, vsque ad tempus quo vxorem duxit Anno
1571. & sic totum illud tempus subducendum est, &
eo subducto, non remanet tempus triginta anno-
rum sufficiens ad præscribendam actionem, *iuxta l.*
sicut. & leg. omnes. Codic. de præscript. 30. vel quadraginta
annorum.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro

Pro mercatore Norico.

ARGVMENTVM CONSILII LXVII.

De eo qui causam dedit damni, an & quando teneatur & conueniri possit.

SVMMARIA.

1 *Qui causam damni dat, damnum dedisse videtur.*
2 *Captus pro repressaliis damna petere potest ab eo, qui fuit causa, vt repressalia concederentur.*
3 *Instigator & sollicitator tenetur ad damna & expensas.*
4 *Testis falsus tenetur ad damni emendationem.*
5 *Arrestatus iniuste agit ad damna.*
6 *Acta inter alios aliis non nocent nec prosunt.*
7 *Dolus non præsumitur, sed error.*
8 *Error potius præsumitur, quam falsum.*
9 *Forum quis sortitur multis modis.*
19 *Delinquens punitur in loco delicti.*
11 *Actore non probante reus absoluitur.*
12 *Confessio in epistola, an probet in fauorem tertii absentis.*
13 *Testis in causa propria non probat.*
14 *Comminationes & interlocutiones non habent vim rei iudicata.*
15 *Idem.*
16 *Iudicis testimonio quanta fides adhibenda.*
17 *Transactio super crimine quale indicium sit.*
18 *Quilibet renunciare potest fauori suo.*
19 *Testes puniri possunt à iudice, coram quo deponunt falsum.*
10 *Opponens contra testes, quod sint infames, &c. an teneatur actione iniuriarum.*
21 *Testes de auditu regulariter non probant.*
22 *An præsumptionem faciant.*
23 *De eodem.*
24 *Qui causam damni dat, quando teneatur, & quando non.*
25 *Effectus attribuitur causæ proximæ.*
26 *Causa proxima & immediata attendi debet.*
27 *Ratificatio, quando mandato æquiparetur.*
28 *Testimonium iudicis non valet in ea causa, in qua iudicauit.*
29 *Iuramento quandoque causas decidi.*

Species facti.

Lis orta est, & in iudicium deducta in ciuitate Genuæ, inter Gubernatorem, & emptores vectigalium ibi ex vna, & Io. Mariam Wettoman Hortensi. Beccaria & Camillum Pestaluzium, litis consortes mercatores, de Pluri & Clauena locis subditis dominio & iurisdictioni ciuitatis Curiæ trium ligarum, seu vt dicitur Grixonum ex altera, super eo, num ciuitas de Pluri & Clauena sit in Germania sita, ad effectum, vt dicti mercatores tanquam Germani in teloniis & vectigalibus frui debeant priuilegiis Germanorum.

In ea lite supradicti vectigalium emptores produxerũt aliquos testes Germanos, & inter cæteros Andream Vogt ciuem Noricum, tunc temporis Genuæ commorantem, qui iuratus deposuit, d. mercatores de Pluri & Clauena non haberi pro Germanis, nec dicta loca in Germaniæ partibus sita esse, cuius suæ depositionis alios etiam habuit contestes.

Quamobrem Petrus Antonius Beccaria, & litis consortes comparuerunt coram dictorum Dominorum Grixonum deputatis, qui in dicta ciuitate Curię congregati erant, & conquesti sunt, se non posse gaudere Genuæ priuilegiis Germanorum circa telonia, & eos rogarunt, vt eam ob causam illas literas darẽt ad temp. Genuensem, in quibus eorum causa commendaretur, & literæ eisdem datæ fuere tres diuersis temporibus.

Cum autem Anno 1588. quo tempore adhuc lis illa Genuæ pendebat, vnus ex dictis testibus nimirum d. Andreas Vogt transisset Clauenam, statim à Commissario seu Iudice loci nulla ei causa dicta arrestatus fuit, sed cautione præstita de redeundo, & se sistendo, si vocatus esset sub pœna 400. Coronatorum arresto liberatus fuit.

Et cum postea non rediret, nec se sisteret fideiussores eius coacti sunt pœnam soluere dictorum 400 aureorum, quibus ipse Andreas satisfecit.

Postea lis Genuæ decisa est, contra emptores dictorum vectigalium pro mercatoribus prædictis de Pluri & Clauena, illosq; Germanos esse, & Germanorum priuilegiis gaudere debere, iudicatum est 6. Iunii, Anno 1590.

Andreas Vogt apud Senatum Noricum conqueritur de arresti iniquitate, sibi de facto à Commissario Cleuensi iniuncto, idque ob testimonium in dicta causa Petri Anton. & aliorum consortum contra eos dictum. Et dictos de Beccaria & litis consortes hoc arrestum procurasse, ac proinde petiit eos cogi ad deponendum 400. coronatos apud Argentarium Nornbergæ, vulgo Odeschalco dictum, & vt caueant damnorum nomine quæ ipse Vogt eam ob causam passus est.

Quare Io. Baptist. Beccaria suo & consortum nomine egit contra Andream Vogt, *ex l. diffamari.* & obtinuit. Vnde Andreas Vogt litem instituit, & conuenit iam dictum de Beccaria & consortes suos, petens, eos tanquam dicti arresti authores, causatores & procuratores, ad restituendum dictos 400. coronatos, & ad emendationem damni, quod ex eo iniquo arresto passus fuit, condemnari. Excipiunt illi & negant se arresti illius procuratores fuisse. Testes examinati sunt, & varia documenta hinc inde allata sunt, & ita processus causæ instructus est, vt definitiua sententia expectetur.

Nunc quæritur, an non probatum sit ab actore Andrea Vogt, d. de Beccaria & litis consortes reos, fuisse causatores & authores dicti arresti, ac subinde etiam aliorum damnorum, quæ ob eã causam actor est passus, vt in consequentiam condemnari debeant, iuxta petita per ipsum actorem.

Iesu Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

Cardo huius causæ in eo vertitur, an sufficienter sit probatum ab actore, reos conuentos authores & procuratores dicti arresti fuisse. Nam si id probatum sit sine dubio condemnandi sunt rei ad emendationem damni, iuxta petita per actorem: Est enim hæc verissima iuris regula, & conclusio certissima, qui occasionem damni dat, damnum † dedis- 1
se videtur, vt dixit Summus Pontifex Gregorius IX. *in cap. vlt. de iniuriis.* quod antea responderat Iurisconsultus *in l. qui occidit.* §. *in hac. ff. ad legem Aquil. l. penult. ff. solut. matrimon. l. si merces* §. *culpa. l. videamus.* § *vltim. ff. locati. in l. Prætor. n. 2.* §. *vltim. ff de vi bonor. raptor. in leg. nihil interest. ff. ad l. Corn. de sicariis.* Et hanc regulam sæpissime Doctores nostri adferre solent, Iacobus Emilianus *in consil.* 38. *num.* 1. Hippol. Riminal. *in con-*

*in consil.*118.*num.*29.*libr.*2. Marsilius *ad dict. l. nihil interest. ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Ioan. Petr. Surd. *in cons.* 12.*num.*40. Andr. Geil. *de arrestis Imperii. cap.* 4.*nu.*8.*&* *cap.*13.*num.* 8.

Et ideo dixit Bartolus *in l.* 2. §. *item si in facto. circa fi-*
2 *nem. ff. de verb. oblig.* captum pro † repræsaliis quicquid soluit repetere posse, ab eo, qui fuit causa, vt repræsaliæ fierent. Sequitur Alexander *ibidem num.* 2. alios citans, & Iason *num.*23. Marsilius *in d. l. nihil interest. nu.* 4. Surdus *d. cons.*11.*num.*40. alios multos refert & sequitur Bursat. *in cons.*138.*nu.*64.*lib.* 2.

Et quam plurimorum est sententia, instigatorem
3 & sollicitatorem † iudicis in criminalib. iudiciis condemnandum esse ad damna & expensas, quas iniuste delatus & accusatus passus fuit, quia videlicet author eiusmodi damnorum & expensarum fuerit, Gloss. *in c. cum dilecti. in ver. expensas. de dolo & contum.* Egid. Bossius *tit. de accusationib. num.* 27. Hippolyt. Riminaldus alios adducens *in cons* 303.*num.*6. Andr. Geil. *lib.* 1. *obseru.* 152.

Sic etiam ex eodem hoc principio Doctores vo-
4 lunt, testem falsum † condemnandum esse ad emendationem damni, quod propter testimonium falsum alius sensit, quia scilicet is, qui testimonium dixit, causa fuerit, vt tradit Corsetus *in singularibus suis, in verb. testis. singul. incipiente, si aliquis. citans pro hac sententia text. in argum. in capit. sicut de testib. & attestatio & in c.* 1. *de custodia Eucharistia & Chris.* Idem tradit Iulius Clarus §. *falsum. vers. pœna autem testis citans Gloss. in c. presbyterum. in verb. aliam infirmitatem. de hom. cid.* vbi similiter Glos. huius communis regulæ mentionem facit.

Deniq; vt & propius ad rem nostram accedamus,
5 arrestatum iniuste † agere posse contra arrestatorem vel iudicem, non solum ad restitutionem damnorum, interesse, & expensarum, verum etiam actione iniuriarum, docet Andr. Geil. *in tract. de arrestis Imperii. cap.* 14. Cuius sententiæ præter ea quæ Geil. adducit, illud videtur esse fundamentum solidum, quod ex communi regula supradicta deducitur. Quia videlicet, qui causam damni dat, damnum dedisse videri, & consequenter teneri, & condemnandum fore, vt dictum est.

Quod autem inique fuerit arrestatus dictus Andreas Vogt, vt in actis, & sic arrestum illud Commissarii Genuensis iniquum fuerit, dubitari non potest.

Primo, quia iustam causam ille arrestandi non habuit.

Secundo, quia nullam habebat potestatem siue iurisdictionem in ipsum Vogtium.

Quod nullam causam habuerit, patet, quia præsupponitur eam ob causam arrestum factum, quia d. Andreas vti testis examinatus Genuæ, deposuit, Dominos supradictos de Beccaria & litis consortes Germanos non fuisse, & pro Germanis non haberi. Nunquam autem in iure auditum est, propter testimonium dictum in aliqua causa quempiam arrestari debere vel puniri, præsertim vero, cum non sponte, sed ex iudicis mandato testimonium dictum est, nisi falsum quis deposuerit, tūc enim propter falsitatem puniri potest. Sed in præsenti casu testimonium Andreæ non constat esse falsum, vt propterea accusari potuerit & puniri Nam deposuit ipse Andreas montem S. Bernardi, qui est in prouincia Dominorum Grisonum, & sub legibus eorum esse citra locum appellatum de Pluri iurisdictionis Heluetiorum, & eam prouinciam separatam esse, ac diuersam à prouincia Teutonica, & pro tali haberi, & tales Grisones non esse Germanos, nec pro Germanis habendos, quia non subsunt legibus Imperii: & causam addidit huius depositionis, dicens, se & alios Germanos litem habere apud officium Sancti Georgii, eosque comparere noluisse, ne Germani vocarentur.

Hæc falsa esse ex actis ad nos missis non constat. Et licet postea sententia lata fuerit in ciuitate Genuę, & in ea pronunciatum, quod dicti Domini de Beccaria, & litis consortes deberent frui & gaudere priuilegiis Germanorum, non tamen inde probatur Andreæ testimonium falsum esse: primo, quia sententia illa lata fuit longe post arrestum factum, videlicet Anno 1590. cum tamen arrestum fuerit factum Anno 1588. Secundo, quia sententia inter alios lata,
aliis neq; prodest † neq; nocet, *toto tit. C. res inter alios* 6
acta. Tertio, quia falsitas non committitur sine dolo. *l. nec exemplum C. ad l. Corn. de falsis* ibi. *Cum non nisi dolo falsum committentes crimini subiugentur.* Doctores *in c. cum Ioannes. de fide instrum.* Grammaticus *decis.* 60.*nu.* 7. Socinus Iunior *cons.* 37.*num* 28 *libr.* 2. Menochius *de arbitrariis iudicum. casu* 309 *nu.* 1. Clarus *in* §. *falsum. vers. excusatur.*

Dolus autem † non præsumitur, sed potius error. 7
l. quoties § *qui dolo. ff. de probat. Gloss. in c. accedens. de crimine falsi.* Marsilius *cons.*51.*num* 33. Parisius *cons.*169.*num.*
58.*lib.*4. qui scribit per errorem potius † præsumi fa- 8
ctum, quam vt falsum committeretur. Cæphalus *in cons.*533. *num.*51.*libr* 3. bonus textus *in l quoties.* §. *tantundem. ff. de hered. instit.* Alexander *in consil.*53.*num.*16. *libr.* 7.

Alios multos in eandem sententiam citat Mascardus *de probationibus. volu.* 2. *con. l.* [illegible] 745.*nu* 3

Quod autem Commissar. & Iudex Genuæ, nullam habuerit in personam dicti Andreæ potestatem ac iurisdictionem, manifestum est, quia ille est ciuis Noricus, & ideo subiectus reipubl. Noricorum. Et cum aliquis secundum iura & Doctores nostros sor-
tiatur forum triplici ex causa, nempe † vel ratione 9
originis, vel ratione domicilii, quod habet in loco, vel ratione delicti in loco commissi: vt late explicat Couarr. *pract. quæst. cap.* 11. *num.* 3. & Clarus § *fin. quæst.*
35. *& quæst.*85. & de delinquente puniendo † in loco 10
delicti, *est text. in l.* 1. *& in Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. agi oporteat.* Non erat Commissarius ille Genuæ cōpetens iudex nec ratione originis nec ratione domicilii, nec ratione delicti (quanquam nullum erat delictum) quia Andreas Vogt, non deposuit illud testimonium Genuæ, nec ibi domicilium habet, nec inde oriundus est, cum sit ciuis Noricus, vt dictum est: & ideo conueniri debuit coram suo iudice ac magistratu.

Quare ex omni capite iniquum fuit arrestum illud, & ideo, vt dicebamus, actio merito Andreæ competit ad damnorum æstimationem, quæ passus fuit. Sed omnis difficultas in eo est posita, quod actionem instituit contra reos conuentos, tanquam causatores dicti arresti, & ideo probare tenetur eos fuisse dicti arresti causatores. Ex hoc enim sequeretur, eos damno causam dedisse & occasionem, & per cōsequens damnum dedisse, & ad eius emendationem teneri.

Cæterum si defecerit in eo actor, quod est intentionis suæ fundamentum, nulli dubium est, quin rei
absoluendi sint: Actore enim non † probante reus 11
absoluitur, *l. qui accusare. C. de edendo. l. vlt. de iureiur. cap. inter dilectos. de fide instrument.* Et ideo actor quod deducit & adseuerat probare debet, si reus id neget. *l.*

actor

actor quod asseuerat. C. de probat. l. 2. l. ab ea parte. ff. eod. tit. latissime præter ordinarios interpretes Mascard. *de probationibus. volum. 1. conclus. 36. actore non probante.*

Igitur hunc articulum nos diligenter examinabimus, an videlicet Andreas Vogt, actor in præsenti iudicio, sufficiēter probauerit, aduersarios reos conuentos authores & causatores seu procuratores fuisse dicti arresti, iniqui Commissarii & iudicis Clauenæ. Et vt nulla ex parte studium hac in re desideretur nostrum, id examen probationum ad duo capita reuocabimus.

Primum erit, an non probatum sit in actis & processu concludenter, & per veras & certas probationes, dictos reos conuentos immediate causatores fuisse, & procuratores dicti arresti, vt dici possint causa proxima fuisse.

Secundo, si nullæ sint certæ & claræ probationes, quod dicti rei conuenti immediate procurauerint arrestum, ita vt causa proxima fuerint ipsius arresti, an saltem ex his, quæ ex actis resultant talem causam & occasionem saltem remotam arresto dedisse videantur, quæ sufficiat, vt condemnari possint ad emendationem, ac restitutionem damnorum, quæ dictus Andreas actor passus est, ob arrestum sæpe dictum.

Quod igitur ad primum attinet, omissa disputatione in vtrāq; partem, quæ in præsenti consultatione inutilis esset, & fortasse confusionem pareret, nec commode etiam adferri potest, respondemus atque concludimus probatum id non esse, quod videlic. rei conuenti actores seu causatores immediati, & tanquam causa proxima apud Commissarium Clauenæ fuerint, arresti huius: quod vt planum faciamus, percurremus singula documenta, & singula quæ ad id probandum ab actore allata sunt.

Primo itaque productas vidimus in actis literas à Petro Antonio & Hortensio Beccaria ad Antonium Pezasulucium scriptas 28. Iunii ex ciuitate Genuæ, Anno 1589. sub N. I. Circa quas literas, omissa disputatione, an confessio quæ in epistola continetur,
12 probet † in fauorem absentis Tertii, contra Scribentem, de qua per Antonium Butrium, Panormitan. & Imolam *in cap. vltim. de confess.* Castrensem *in l. Publia. ff. depos.* Alexand. *in consil. 90. libr. 4.* & alios quorum mentionem facit Antonius Gabrielius *libr. 1. commun. conclus. titul. de confessio. conclusion. 1. numer. 56.* & post eum late Mascardus *volum. 1. de probationibus. conclus. 626. num. 11.* Omissa hac disputatione, vtpote nequaquam necessaria, dicimus, literas prædictas non probare reos conuentos causatores fuisse dicti arresti, quia id in literis non continetur, imo expresse negatur. Sic enim scribit dictus Petrus Antonius, se nec suos quicquam habere negocii & commune cum illo arresto Commissarii, & non fuisse causatores nec authores eius, se aperte excusando. Sed hæc subiicit Andream Vogt scire, quare arrestum illud factum fuerit: Nam merito, inquit, falsi testes sunt puniendi, sed nos non suscepimus hoc negocium: & quod ipse Dn. Antonius ad quem scripsit, in memoriam reuocare posset, quæ illi dixerit de hac depositione testium contra eos facta, & quod illum monere potuisset, ne deponeret, & illi dicere, quod si quid sinistri ei contigisset, id eum prometitum fuisse. Deinde dicit, quod si Domini Grixones scirent, quod dictum esset contra eos, & nos punirent, eos alio modo quam putarent, & se etiam metuere ne aliter puniant. Ex quibus & aliis in dictis literis contentis, nihil plane continetur, ex quo confessio vel aliud testimonium colligi possit d. reos conuentos in causa fuisse memorati arresti.

Secundo animaduertimus in actis responsionem & decretum Senatus Norici 2. Ian. Anno 1591. Nam cum legatus D. Grixonum ad illum Senatum missus, conquereretur de Andr. Vogt, quod testimonium illud dixisset propter q̃ diffamata eorum natio fuit, ac propterea is à Commissario Clauenæ arrestatus fuisset, & dimissus sub promissione & cautione redeundi, ac proinde instaret & peteret, vt dictus Andreas eo iret ac se sisteret. Respondit Senatus petitionem eorum locum habere non posse; Primo, quia Senatum informasset, se ad testimonium dicendum non vltro accessisse, sed citatum & vocatum, & deposuisse prout ille sciuit. Secundo, quia deberet Andr. conueniri coram ipso Senatu Norico, cuius subditus esset. Et quod ex informatione ipsius Andreæ illud arrestum solum procedat causa ipsorum de Beccaria, quibus propterea Senatum mandare tanquam causatoribus huius controuersiæ, vt eo rem dirigant intra duos menses, vt processus cassetur, & illa tollantur quæ possent bonam amicitiam inter Dominos Grixones & Noricos impedire, & Andreas Vogt & alii ciues liberentur à minis factis. Quod si non fecerint Beccariæ, & sui ciues inde aliquid amplius passi fuerint, tunc Senatus velit iure agere, & remedia contra Beccarias instituere.

Sed ex hoc responso & decreto Senatus, nulla colligitur probatio, quod d. Beccariæ ac litis consortes causatores d. arresti fuerint. Primo quia hoc nō dicit neque continet supra dictum responsum. Secundo quia est res inter alios acta, nempe inter Senatū Noricum & legatum Grixonum, quod propterea aliis nocere non debet nec prodesse, secundum iuris regulas vulgares. Tertio, quia quod Senatus dicit, ipsos Beccarias causatores d. arresti fuisse dicitur ex informatione † ipsius Andr. Vogt actoris. Dictum autem 13
Andr. non probat, quia in causa propria hoc dixit, *l. nullus. ff. de testib. l. omnibus. C. eod.* Et licet Senatus appellauerit d. Beccarias causatores huius controuersiæ, tamen nō infertur eos fuisse causatores arresti, & damni quod d. Andr. passus est: etenim præter arrestum iam factum, alia erat controuersia, quę tunc agitabatur inter legatum Grixonum & Senatum Noricum, nempe, an Andr. esset ad Commissarium remittendus, vt ibi latius continetur, præterquam quod illa verba Senatus non faciunt ius aliquod nec præiudicium in præsenti causa, in qua id principaliter tractatur ac examinatur, nunquid Beccariæ & alii rei conuenti, dicti arresti, & damnorum inde secutorum causatores extiterint, nec ne.

Nec enim † similes iudicum interlocutiones & 14
comminationes vim obtineant rei iudicatæ *l. interlocutio. l. programma. C Comminationes, Epistolas, Programmata, Subscriptiones, authoritatem rei iudicatæ non habere.* Quod enim magno conflictu sentētia decerni solet, id paucis literis non causa cognita descriptis, definiri fas non est, inquit Constant. *in l. vlt. C. eod. tit.*

Tertio in actis productum vidimus ab eodē actore scriptum Senatus Norici, ad Commissarium illum Clauenæ 13. Febr. An. 1591. in quo Senatus Commiss. in memoriam reuocat responsionē datam legato D. Grixonum, & petit vt desistat à processu illo contra Andr. Vogt, contra iuris rationem instituto, & dicit in potestate ipsius non esse comparere, mirariq; eum in Citatione scribere ac diffamare ipsum Andream Vogtium, quasi sciens prudensq; falsum dixerit, & contra laudabiles tres ligas D. Grixonum egerit;

quod

quod illi iniuria fiat, prout apparet ex responso suo legato Grixonum dato.

Et idem etiam hoc nomine ab aliis Commissariis Clauenæ suis antecessoribus per Beccarias & litis cõsortes petitum fuisse, & illi tanquam iniustum id esse putarunt. Et quia esset contra iura, cõstitutiones Romani Imperii & priuilegia, coram extraneis Tribunalibus comparere; ideo Senatus velit ei indicatum, quod non comparebit, & vt processum hunc malum suum & irrationabilem cass[e]t. Et si non velit ab eo desistere, Senatum velle damna inde data consequi à causatoribus illis, qui etiam Norimbergæ fruantur commodis, &c.

Sed quod attinet ad hoc scriptum, licet causatores appellentur dicti rei conuenti (de illis enim sine dubio Senatus intellexit) quia tamen id à Senatu causa cognita partibus præsentibus, & seruatis de iure seruandis definitum iudiciali sententia non est, vt supra proxime dicebamus, videtur esse potius quędam Senatus † comminatio, quam sententia, & ideo rei iudicatæ vim non habet. *l. 1. l. interlocutio. l. pen. l. vlt. & tototitul. Cod. comminat. epistolas.* & in terminis de Epistola habetur *in l. 2.* vbi Alexander Imperator scribit, rei iudicatæ effectum non haberi, quod Rector prouinciæ per epistolam iussit.

15

Nec etiam testimonium hoc Senatus Norici dici potest, quodam modo dictũ in hac causa, neq; enim in forma iudiciali aut alio modo legitime hoc deposuit Senatus tanquam testimonium, quod d. rei conuenti causatores fuerint (est enim ipse Senatus Noricus huius causæ iudex) sed hoc tantum comminatus est reis conuentis, in epistola illa ad Commissarium scripta, quia suspicatus est eos fuisse causatores arresti, & omnium inde secutorum, idq; ex informatione proculdubio dict. Andreæ potissimum. Quare non est opus eam disputationem ingredi, an, &

16 quanta sit fides † adhibenda iudicis testimonio, de qua præclare loquitur text. *in capit. cum à nobis. de testibus. in capit post cessionem. de probationib.* & Doctores *ibi* Iacobus Menoch. *de arbitr. iudic. quæstion. 76. numer. 3.* & post eum Mascardus *de probationib. volum. 2. conclusione* 949.

Quarto loco in actis habetur cõpositio siue transactio facta inter Baptistam Beccariam 20. Febr. anno 1590. & Andream Vogt mediante Martino Halleto quæ manu Halleri scripta à partibus est recognita in qua habetur Dn. Andream actorem ex vna, & Baptistam Beccaria vna cum suis assistentibus ex altera, ita conuenisse, vt quamuis Beccariæ iniuncta fuisset à Senatu Norico quadringentorum coronatorum depositio, quos Vogt soluerat ratione arresti, Beccaria tamen & Werdeman ad Commissarium prędictum Clauenę deberent scribere, eumq; monere, quod nõ possit esse simul iudex & pars, item de priuilegiis ciuitatis Noricæ ratione ciuium suorum, & quod nihil deliquerit d. Vogt, in Grixonum ditione, & ideo molestari non potuerit, atq; ita tentare, an intra quatuor vel quinq; septimanas tantum impetrare possent, vt Vogtio remitteretur cautio; quod si impetrari non possit, tunc Beccariæ deponere debeant 400. coronatos in iudicio iuxta Senatus decretum.

Ex quibus argumentum actor colligit d. Beccarias procurasse hoc arrestum, quia si non procurassent, non tentassent hoc à Commissario impetrare.

Sed certe hoc argumentum videtur nobis valde infirmum esse. Nam quod ad compositionẽ seu trãsactionem attinet, illa nihil obest reis conuentis, nec probat eos fuisse causatores arresti. Etenim cũ de hoc lis verteretur inter ipsas partes, & deberent iam ipsi Beccariæ deponere 400. coronatos, omni iure permissum illis erat transigere & conuenire cum aduersario, vt si fieri posset omnis controuersia tolleretur. Et ideo nihil probat illa transactio. Nam & in criminalibus iudiciis, in quibus alias transactio non leue indicium delicti † commissi afferre solet, nul 17 lum tamen indicium ex ea oritur in illis casibus, in quibus est permissa, quia quod fit lege permittente, nemini præiudicium inferre debet, ita Clarus *in §. fin. quæst. 21. vers. pax seu transactio.* citans Blancum & alios.

Deinde non est facta transactio inter partes super eo, an videlicet ipsi rei conuenti causatores fuerint arresti, sed super eo, vt euitarent decretum Senatus, quo iussi erant 400. coronatos deponere. Ideo transactio super re diuersa non præiudicat, *l. si vnus. § ante omnia ff. de pactis.*

Quod vero attinet ad illud, quod d. Beccaria procurauerit apud Commissarium, vt cautio Actori remitteretur: illud certe argumentum nullius fere est ponderis tũ quia illud, quod procurauit, non est impetratum ab eo, ex quo coniectura potius contraria oritur, q; ille arrestum non procurasset: Nam si arrestum ille ꝓcurasset, facile etiam impetrare potuisset, vt cautio remitteretur. Quod enim magistratus facit ad partis instantiam, facile etiam reuocare solet † ad 18 eiusdem partis instantiam, quia pars enuntiare potest iuri suo. *l. post. quam litis C. de pactis.* Tum quia si procurauit cautionis remissionem Beccaria, ergo non fuit causa damni, quod exinde passus fuit actor, siquidem contrarium potius procurauit, nempe, vt cautio remitteretur, qua remissa nõ incurrisset actor damnum 400 coronatorum.

Postremo, quia alia potest & quidem probabilis interpretatio fieri huius procurationis factæ, vt cautio actoris remitteretur, illa nimirum, q; ad redimendam litis vexationem & onus illud deponendi 400 coronatos facta fuerit, & propter amicitiam quę erat inter Beccariam & Commissar. ob quam sperabat se id facile impetraturum: adde etiam & propter iustitiam causę. quia videl. ille Commissarius non poterat esse pars & iudex, & nullum crimen commiserat actor in ditione sua, quamobrem ex iis omnibus concludimus argumentum hoc non probare intentionem ac fundamentum actoris.

Quinto habentur in actis literæ à tribus statibus Grixonum ad Rempubl. Genuensem, datæ 20. Ian. Anno 1587. in quibus continetur, q; ad instantiam Petri Anton. & Hortensii de Beccaria. & consortum conquerentium, quod non possint frui priuilegiis Germanorum, circa telonia ad d. rempub. ante biennium literas dedissent, quib. petierunt Grixones tanquam veros Alemannos ꝓ talibus haberi, & contrariũ dicentes tanq̃ falsos testes puniri debere, & quod cum ad hasce literas responsum non acceperint, iogent iterum, eos haberi pro Alemannis, & deducunt certis quibusdam argumentis eos esse Germanos.

Deinde 24. Februarii Ann. 1589. Grixones denuo scribunt ad remp. Genuensem, legatum mittentes Capitaneum Kelcherum fratrem Commissarii, tanquam bene informatum.

Tertio iterum scripserunt ad remp. Genuensẽ conquerentes, quod propter calumniantes quosdã Beccariæ grauentur circa telonii exactionẽ, & mittunt alium legatum eam ob causam, Io. Baptistam Geinerum, literæ scriptæ sunt 2. Martii 1590.

Ex quibus actor vult probare, quod cum Beccarię procurauerint illas legationes, & suis D. Grixonibus

due-

dixerint se grauatos ex depositione horum Germanorum (inter quos est actor hic noster) falsum testimonium deponentium, & Grixones pererēt Germanos illos puniri, ideo eosdem Beccarias reos cōuentos, idem etiam apud Commissarium Clauenæ procurasse, vt scilic. actor fuerit arrestatus.

Sed hoc argumentum etiam non vrget. Nam aliud est procurare per Dn. Grixones, vt actor & alii literis ad remp. Genuensem datis, tanquam falsi testes puniantur, quæ petitio, si testes falsum dixissent testi-
19 monium dolose, erat iuri consentanea. Testes † enim puniri possunt à iudice coram quo falsum deponunt. *l. nullum. C. de testib.* præclare Couar. *Practic. quæst. cap. 18. num 8.*

Aliud est petere, vt puniantur à Commissario Clauenæ, qui nulla ratione cognoscere ac punire tale crimen potuit. Et ideo cum hæc sint longe diuersa ac dissimilia, locum habet vulgata illa nostrorum propositio, ex diuersis non fit illatio *l. Papinianus exuli. ff. de minorib.*

Quod autem hæc apud Dn. suos Grixones procurauerint, scil. & literas & legatum ad remp. Genuensi id fecisse videri possunt iuris sui conseruandi gratia, & promouendi. Vnde nemini iniuriam facit, qui iure suo vtitur. *l. nullus. de reg. iur. c. cum ecclesia. de elect.*

Et licet dubium sit & controuersum iure nostro, si quis contra testes opponat, se defendendi gratia, quod
20 sint † infames, falsarii, & aliis delictis obnoxii: vtrum teneatur actione iniuriarum, si nō probet eos esse tales, vt videre licet ex Oldrado *in cons. 53. num 6.* Bossio *tit. de iniuriis n. 21.* Claro *§. fin. q. 53.* Andrea Geil *libr. 2. obseru. 101. num. 7.* & Ias. *in l. illud. ff. quod quisq; iuris.* vbi negat actionem iniuriarum competere: tamen in consultatione hac nostra hæc inuestigare non est opus, quia actor non intentauit actionem iniuriarum contra reos conuentos eo nomine, quod eum appellauerint falsum testem, sed aliam instituit actionem, quod scil. ipsi rei cōuenti tanquam causatores & procuratores arresti facti per Commissarium teneantur ad omnia damna, quæ propter illud arrestum passus fuit ipse actor.

Quod si super actione iniuriarum, an dicto actori competat aduersus conuentos eam ob causam, quod sæpe dixerint, illum esse falsum testem, & pœna dignum, nostrum expeteretur responsum parati erimus, vt iuri consentaneum nobis videbitur, respondere.

Sexto in actis habentur depositiones aliquot testium examinatorum Norimbergæ, quorum primus & secundus nihil ad rem nostram testificantur. Tertius vero nil aliud testificatur, quam arresti causam primum fuisse Equitem Martinū Kasserum fratrem Commissarii Clauenæ, quod non facit pro actore, sed potius contra eum. Quartus nihil ad rem deponit, sicut nec quintus, neq; sextus, neq; septimus, qui negat se dixisse id, quod continetur in articulo, & ideo potius actori nocet quam prodest.

Septimo vidimus in actis depositiones quatuor testium Genuæ examinatorum in lingua Italica, quæ nihil etiam actorem nostrum iuuare possunt. Nam primus nil aliud deponit, nisi actorem aliquando arrestatum fuisse, idq; se audiuisse à variis personis, & hoc ob litem illam Beccariarum & sociorum: sed vtrum Beccariæ fuerint causa arresti nihil dicit.

Secundus vero testis dicit Hortensium Beccariam ægre tulisse, & minatum etiam fuisse, quod Andreas Vogt actor noster & alii, in iudicio examinati, deposuissent, eum & alios consortes Germanos non esse, & quod publice audiuerit à variis personis, & ab Equite Martino, fratre Episcopi Curiæ, Andream arrestatum fuisse Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum.

Tertius autem testis deponit se publice audiuisse arrestum dicti Andreæ, & quod fuerit occasione dictæ litis & depositionis dictorum de Beccaria & sociorum.

Quartus vero idem dicit qui secundus.

Itaque duo sunt testes de auditu, quod d. Andreas fuerit arrestatus Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum, qui quidem testes non probant propter multas causas; prima est, quia testis de auditu † regulariter non probat, debet enim testifi- 21
cari de eo, quod scit per sensum proprium, non per sensum alienum. *l. testium. C. de testib. c. testes. 3. quæst. 9. c. tam literis. eod. tit.* ibi nihil esse contra Lucanū electum sufficienter ostensum, nisi de auditu & fama, Speculator *tit. de testib. §. 1. vers. item quod nō probet testimonium.* & ideo Gl. *in l. 2 § idem L abeo. in verb. audierint. ff. de aqua pluu. arcen.* dixit, testem de auditu non esse verum, sed improprium testem refert & late probat Io. Crotus *de testib. part. 9. num. 366.*

Et licet ex Archidiacono & aliis quibusdam dici soleat, testes de auditu præsumptionem facere, quæ transfert onus probandi in contrarium, vt late prosequitur Menoch. *de arb. iud. casu 475.* tamen falsa est illa opinio, vt ostendit Natta *in cons. 170.* neq; Archidiaconus id dixit, & aliter est accipiēda doctrina Archidiaconi, sicut declarat ibi Natta, vt videl. si probatione ex vtraq; parte sint pares, tunc † præsumptio fit pro 22
illa parte, pro qua deponunt testes de auditu.

Præterea, vt testes de auditu probent, necesse est: Primo vt deponant se † omnes audiuisse ab eisdem 23
personis, alioqui dicuntur singulares, Menoch. *d. casu 475. n. 25.* Secundo, vt nominēt personas à quib. audiuerunt. *c. licet ex quadam. de testib.* & saltem duos nominare debent, Natta *d. cons. 170. n. 5.* Tertio addere debent, quod ipsi ita credunt. *c. quoties. de testib.* Natta *vbi s. nu. 7.* Quarto necesse est, vt dicant se audiuisse ante litem motam, ne possit dici famam fuisse excitatā lite iam inchoata *d. c. licet ex quadam. de testib.* Natta *vbi supr. nu 8* Menoch. *d. casu 475. nu. 14.*

Quæ omnia in depositionibus d. testium desiderantur, vt ex eis facile licet colligere.

Octauo in actis continetur extractum quoddam, vt vocant, literarum Antonii Pestaluzę, qui erat procurator Vogtii Clauenæ, in quo nihil in specie exhibetur, quo probetur actoris intētio, sed scribit se diu egisse cum Commissario Clauenæ de relaxatione arresti, & nihil potuisse efficere, & vt debeat pergere apud ciuitates Imperiales, qui si Beccariæ malefecerunt, erit damnum illorum, quod à D. Grixonib quibus literas reddidit, fuerit sibi mandatum, vt concordiam procuraret, & Beccarias plus expendisse in ea lite, quam ipsum Vogtium, quæ omnia non pertinent ad quæstionem nobis propositam.

Nono denique sunt & aliæ quędam literæ in actis amicorum, qui pro concordia ineundi inter partes se se interposuerunt, & nihil ad rem faciunt.

Ex quibus primū caput consultationis ac responsi nostri absolutum apparet: in quo concludimus probatum non esse ab actore sufficienter d. reos cōuentos arresti, de quo agitur procuratores & causatores fuisse ad effectum, vt debeant cōdemnari ad damnorum eam ob causam illatorum refusionem.

Nunc sequitur alterū caput, an ex actis talia resultent, quæ nihilominus sufficiant ad condemnationem dictorum reorum, iuxta petita per actorem.

Ee Quan-

27 *Quod nomine nostro gestum non est, ratum à nobis haberi non potest.*

28 *Præscriptio non currit aduersus eum, qui est in patria potestate.*

Christi nomine inuocato.

QVod responsum est à clariss. & consultiss. viro D. Maximiliano Mayr, I.V. Doctore, nobis, iuri & rationi consentaneum videtur, nempe præsupposita cõsuetudine A. Ciuitatis, quod filius vxorem ducens patre viuente à patria potestate liberetur D.C.V. seniorem ac patrem D. C. iunioris vsumfructum bonorum dotalium primæ suæ vxoris, ac matris dicti D. C. iunioris amisisse, ex eo tempore, quo ipse D. iunior vxorem duxit. Nec non eundem D. C. seniorem propter transitum ad secundas nuptias vigore pactorum dotalium 3. Ianuarii, anno 1541. cum supradicti D.C. iunioris matre, eademque vxore sua priore initorum restituere debere, atque debuisse omnia bona materna, etiam illa, quæ vxori per donationem Morgengab/dedit, & fructus post vxoris mortem perceptos secundum modum, & formam, quæ in dictis pactis latius continetur: non obstante vltimo pacto 1553. mense Septembris inito, inter eundem D. C. seniorem, & D.B. eius patrem ex vna & D.R. auiam maternam, ac D.I. H. auunculum liberorum dicti D.C. senioris ex altera.

Hoc, vt dicebamus, responsum nobis probatur, & quoniam rogati sumus decisiue, vt loquuntur, procedendo, omissis in vtramq; partem argumentis pro eiusdem responsi approbatione, & confirmatione si iuri consentaneum nobis videretur illud approbate ac nostra subscriptione communire, ideo breuiter huc adferemus argumenta, quæ nos in hanc sententiam impulerunt, & simul obiectionibus, quæ fieri possunt, occurremus.

Vt igitur ordine procedamus prius de priori articulo verba faciemus, deinde de posteriori. Prior autem articulus est an præsupposita dicta consuetudine Ciuitatis A. quod filiusfam. vxorem ducens patre viuente patria potestate liberetur, d. D. C. senior vsumfructum dictæ dotis maternæ amiserit. Ad hũc igitur articulum quod attinet respõdemus D.C. seniorem, ac patrem d. D.C. iunioris vsumfructum amisisse dotis maternæ propter nuptias d. D. C. eius filii, ex quibus liberatus esse à patria potestate vigore dictæ A. consuetudinis intelligitur. Hoc autem iuri & rationi consentaneum esse planum facimus.

Pater vsumfructum, quẽ ratione patriæ potestatis habet bonorum, quorum filius est dominus, sublata patria potestate amittit (& loquimur quando patria potestas soluitur alio modo, quam per emãcipationem factam ab ipso patre, tunc enim in præmium

1 emãcipationis† habet dimidiam partẽ vsumfructus. *ex l. cum oportet. § cum aut. C. de bonis q. liber.*) Sed pater ratione patriæ potestatis vsumfructum habet dotis maternæ filiorũ quando vxor ipsius mortua est, eademq; mater filiorũ, & sic matrimoniũ vxoris morte solutum est, & ad ipsos filios spectat dos quantum ad dominium. Ergo talem vsumfructũ pater amittit sublata patria potestate aliter quã per emancipationẽ, puta per nuptias contractas ab ipso filio, quo casu vigore cõsuetudinis Ciuitatis A. patria potestas dicitur esse sublata, & filius sui iuris esse, & pro patrefamilias habere intelligitur. Huius argumenti propo-

2 sitio, pbatur primo ex generali iuris regula, † cessante causa cessat effectus. *l. 3. ff. de iure dot. l. adigere. §. quãuis. ff. de iure patron. c. cum cessante. de appell.* & latissime Tiraq. *in tr. cessante causa cessat effectus.* Cum igitur patria potestas causa sit vsusfructus patris, & illa cessat, meritò cessat etiam effectus, & sic vsusfructus amittitur, qui ex ea oritur.

Secundo, quia cũ filius liberatus est à patria potestate ac sui iuris effectus ex eo q̃ vxorem duxit tunc pro patrefamilias habetur, quare nõ est rationi consentaneũ, vt eius pater perinde bonorũ morũ vsumfructum retineat, atq; si esset in eius potestate, sicut enim ipse est iã sui iuris effectus, ita bona sua integro ac pleno iure habere debet, & quantũ ad proprietatẽ, & quantum ad vsumfructum. Idq; videtur esse legib. consentaneum. Nam si pater deberet etiã sublata patria potestate vsumfructũ habere, tunc maxime illi vsusfructus deberetur, cũ ipse pater filiũ emancipando author est ipsius liberationis, & tamẽ non habet, sed in præmium duntaxat partẽ dimidiam loco tertiæ bonorũ patris, q̃ olim habebat ex l. Constantiniana, *vt in d. l. cũ oportet. § cũ autẽ. C. de bonis quæ lib.* Et antea secundum Theodos. *l. 3. C. de bonis mater.* pater emancipato filio omni cõmodo erat destitutus, nec retinebat vsumfructũ bonorũ maternorum, sed virilẽ duntaxat portionẽ vna cũ aliis filiis ipsius vsusfructus obtinebat. Hinc Iustinianus *in d. l. cum oportet. in princ.* eorum vsusfructus (inquit) apud patrem vel auum, vel proauum quorum in sacris sit constitutus permaneat, quibus verbis indicare videtur vsumfructum permanere si sit in patria potestate filius.

Tertio, nã si pater vsumfructũ haberet bonorũ filii sui iuris effecti, nõ liceret filio ea bona sine consensu patris obligare vel alienare, *argum. l. qui vlt. § filii autẽ fam. C. de bonis quæ liber.* & sic filiꝰ † quodãmodo rediret 3 in patriã potestatem, vtpote de rebus suis non valens disponere sine patris consensu, non posset libere, & tanquam paterfam. cõtrahere, & sua obligare bona, & quodã modo contrahentes deciperentur, qui eum pro patrefam. reputantes nullũ exigerent patris consensum. Hæc autem absurda esse videntur, & à legib. nostris, ac iuris, & æquitatis ratione longe aliena.

Quarto probatur argumento sumpto ex DD. authoritate, qui docuerunt patrem monachum effectum & religiosum professum, licet capacem bonorum in communi, vsumfruct. quem habebat in bonis filii ideo amittere, quia per illam professionẽ factam religionis † in potestatem superioris redactus, filium 4 desinit in potestate habere, & sic cessante patria potestate, quę erat causa vsusfruct. cessare etiam vsusfruct. debet, ita olim docuit Mart. Siliman. vt posteriores testantur, & Salyc. *in auth. idem est. C. de bonis quæ liberis. & in auth. ingressi. C. de Sacrosanct. eccl.* & eodem in loco Ias. *in vlt. col.* Cyn. & Alber. *in d. auth. idem est.* Hippol. Marsil. *sing. 668* Couar. *in c. 2. n. 8. de testam.*

Postremo probatur eorum authoritate, qui in hac ipsa specie, qua de agitur, responderunt patrẽ vsumfruct. amittere bonorum filii, qui ex cõsuetudine vel statuto ciuitatis p contractum matrimonium liberatur † patria potestate, si tñ filius patre cõsentiente (vt 5 in casu nostro) illud contraxerit. Ita respondit Boer. *dec. 197. n. 6. 7. 8.* Cephal. *in cons. 23. n. 54. li. 3.* & sic quotidie in Saxon. obseruari, testis est Io. Schneidevvin. *in tit. de patria potestate. nu. 47.* & ibi Wesemb. *in addit.* sic & Pinell. *ad l. 1. part. 1. C. de bonis mater. nu. 39.* testatur filio coniugato, secundum leges Regias patria potestate liberato, patris vsumfructum cessare.

Non obstat supradictis primo, si obiciatur matrem vsumfructum † retinere bonorum, quæ acquisiuit ex 6 primo viro, vel ex successione filiorum primi matrimonii. *l. fœminæ. C. de secund. nupt.* & tamen constat eam liberos in potestate non habere, ex quo argumẽtum

sumi

sumi videtur vsusfructus acquisitionem ac detentionem ex potestate patris non pendere.

Nam facile respondetur, matrē scil. vsumfructum retinere bonorum, quæ à primo viro acquisierit, vel ex filiorū primi matrimonii successione, hoc videlic. modo, ꝙ ex proprietaria efficiatur vsufructuaria, *vt in d.l. fœmina.* & ille vsusfructus, quem retinet secundo nubēs, nil cōmune habet cum potestate in filios, nec ab ea pendet, sed est pars dominii pleni, ꝙ mater habuit ex successione filiorū, vel ex lucris nuptialib. & quo ꝑpter transitum ad secundas ita priuatur, vt duntaxat vsumfruct. in dies vitæ suæ retinere possit. Quare ille casus longe diuersus est, & alienus ab hoc nostro, in quo pater soluto matrimonio per mortē vxoris non habet dominium dotis maternę filiorum, sed vsumfructum tantum, *vt in l.1. C. de bonis mater. & in l. cum oportet. C. de bonis quæ lib.* & hoc rōe patriæ potesta-

7 tis. Actio † enim de dote soluto matrimonio p mortem vxoris transit ad filios, tanquam heredes matris, *l. vn. §. illo procul dubio. C. de rei vxo. act.* & latius infra dicetur. Quare dominium ipsius dotis ad filios ptinet. Consequenter quicquid iuris pater habet ratione vsusfructus, in d. dote materna filiorum, illud ex patria potestate oritur.

Secundo non obstat, si dicatur vsumfructū semel

8 patri acquisitum † non amitti soluta patria potestate morte filii *l. vlt. C. ad Tertul. l. 3. C. de vsufr.* & consequenter etiam cessante patria potestate vsumfr. non cessare, quoniam lōge differt ille casus ab hoc nostro, quo videl. filius non est mortuus, sed viuit, & sui iuris est, qui cum pro patrefam. habendus sit, & sua bona iam administrare debeat, seque & sua gubernare, iuri etiam, rationi, & æquitati conuenit, vt suis bonis vti, ac frui possit ac debeat.

Tertio non obstat, si obiiciatur eorum authoritas, qui dixerunt, filio liberato à patria potestate propter aliquam qualitatem, vtputa, propter patriciatus honorem vel episcopalem dignitatem, *iux. § filiusfamil. in instit. quib. mod. ius patriæ potest. solu. & auth. sed episcopa-*

9 *lis. C. de Episcop. aud.* non tamen patrem † vsumfructum bonorū eius amittere, vt refert Pinellus *ad l. 1. Cod. de bonis matern. in prima parte. num. 42.* & Ascanius Clemens *de patria potestate. cap. 6. effectu 2. num. 34.* Nam respondemus illos Doctores nulla firma iuris ratione niti, & confutari ex superius deductis posse, & eis præferendos esse alios, qui contrarium asseuerando melioribus rationibus nituntur, eorum enim fundamentum est *in l. vlt. C. ad Tertul.* quæ loquitur, qn̄ soluta est patria potestas morte filii, q̄ casus differt ab hoc nostro, & in quodam pronunciato, quod cessante causa non cesset effectus, quando iam est consummatus & perfectus, quod in specie ista, si locum haberet, sequeretur patrem totum vsumfructum retinere, etiam filio emancipato quod est falsum.

Ex his argumenti nostri propositio satis videtur firmata, nunc ad assumptionem probandam accedamus. Illa vero hoc continet patrem ratione patriæ potestatis vsumfructum habere dotis maternæ filiorum suorum, cum vxor eademq; mater est mortua.

Hoc igitur probatur: nam aut pater vsumfructum habet bonorum dotalium vxore mortua, ex pacto dotali, vel ex statuto ita disponente, aut iure patriæ potestatis, quam habet in filium, qui Dominus esse intelligitur dotis maternæ matre iam defuncta, neq; enim tertius aliquis modus inueniri potest, quo pater vsumfructum istum habeat.

Sed pater illum non habet vigore statuti: ergo habet iure patriæ potestatis.

Nam hic nullum præsupponitur esse pactū huiusmodi dotale, quo vir mortua vxore liberis extantib: dotem lucretur, nullumq; statutum, quod marito lucrum dotis, vxore præmoriente deferat: ergo ex iure communi illud habere debet. Quantum vero ad ius commune attinet, certum est, quod soluto matrimonio dos pertinet ad filios, tanquam heredes matris ab intestato, non ex consuetudine Marti. duntaxat, quæ in dubium vocari solet, quando extat pater, à quo dos est profecta, vt notat *in l. dos à patre. Cod. solut. ma'rim.* qui noster casus non est, quia vxoris pater erat mortuus.

Sed de iure etiam, quia prima causa successionis est liberorum, *vt in Nouell. de hered. ab intest. venien.*

Et quod ad rem nostram attinet est text. expressus *in l. vna. §. illo proculdubio. C. de rei vxor. act.* vbi Iustin. ita dicit illo proculdubio in ex stipulatu actione † ser- 10 uando, vt si decesserit mulier constante matrimonio dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionib. sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum suam naturam transmittatur, siue expressa fuerit, siue ex hac lege inesse intelligatur.

Ex quibus verbis perspicuum est, dotem vxore mortua ad eius heredes pertinere, & ii proculdubio sunt præ cæteris omnibus filii, quorum causa potior est in successione, vt dictum est, & quod filia heredem habeat † in dote profectitia, quæ in eam est 11 consolidata morte patris vel aliter, sicut hic tradit Baldus, Nouellus *de dote. parte 8. priuil. g 10.* & id præsupponunt omnes, qui dixerunt dotem, non ad patrem, sed ad liberos pertinere filia mortua in matrimonio, quia scilicet illis æquum vi um est, filios matri in dote succedere, quæ dicitur proprium eius patrimonium, vt videri licet ex Socino Iunior. *in consilio trigesimo quinto libro primo.* & aliis, quos adfert Antoninus Thessaurus *decis. Pedemont. 190. nu. 4. vers. contrarium.*

Cum igitur iure proprio pater non habeat post vxoris mortem dotalia bona, quia illa pertinent ad liberos, tanquam heredes matris, sequitur dicendum ipsum patrem vsumfructū, quem in illis bonis habet iure patriæ potestatis habere, & sic legē Constantini, scil. *l. 1. Cod. de bonis mater.* quæ generaliter loquitur de bonis maternis, & ad patrem vsumfructum pertinere, statuit accipiendam esse de omnib. bonis maternis, et dotalibus, quę scil. ex successione matris, vel ex testamento, vel ab intestato fuerint ad filios deuoluta, & similiter accipienda *l. 4. C. eod. tit.* q̄ patri vsumfructum tribuit bonorum maternorum licet ad secundas nuptias transiuerit, sunt leges istæ accipiendę de omnib. bonis maternis, & sic etiam de dote, præsertim, quia bona materna, vt plurimum in dote cōsistunt, vt dicebat Anton. Thess. *loco proxime citato.*

Constat autem inter omnes eiusmodi vsumfructum ex patria potestate procedere, & patri competere, cum filii sunt in eius potestate constitut. *l. cum oportet. C. de bonis, quæ liberis.*

Ex his probatā esse nostri argumenti assumptionē existimamus, atq; ideo nihil proponi putamus, quin cōclusio locū habeat, ꝙ videl. D.C. Sen. vsumfr. amiserit dotis maternę, ex eo tēpore, ꝙ D.C. Iun. matrimonium contraxit, per ꝙ solutus eiusdē potestate intel. igitur.

Sequitur secundus artic. de pactis dotalib. in quo similiter probamus sententiam Clar. D. Consult. qui erudite & copiose respondit. Fundamentum aūt nostrum est, ꝙ dubitari non possit, quin talia pacta de iure valeant inter coniuges, vt si alter soluto matrimonio ad secundas nuptias transierit, amittat dotem

datam, & vsumfructum eius; licet enim conditio-
11 nes, quæ nuptias prohibent in virgine, iã viro quam fœmina, reprobentur, & etiam nuptus † contractis debeatur, quod sub conditione nuptiarum non contrahendarum relictum est, *l. 2. & 3. de indicta vidui. tollen.* tamen ad impediendas secundas nuptias inter viduos valent & seruandæ sunt, vt habetur *in Nouell. Iustinian. de nuptiis. §. si vero ex qua sumitur auth. quod locum. C. si mulier secundo nupserit. & in §. quæ vero nunc. eadē Nouell. ex qua sumpta est Auth. sus relictum. C. de indicta viduitate toll. nd.*

Cum igitur talia pacta de iure subsistant & valeāt, dubium non est, quin etiam ad heredes paciscētium transeant, & sic D. C. Iun. heredi matris suæ defunctæ ex d. pactis ius quæsitum sit, & actio, si verborū obligatio subsecuta est, vel saltem pscriptis verbis: *iuxta l. legem. C. de pactis* Nam actiones quæ ex pactis & stipulationibus descendunt, non solum paciscentibus ipsis prosunt & accommodantur, verum etiam heredibus
13 ipsorum † paciscentium, nisi sint personalia. *l. si pactū. ff. de probat. l. veteris. C. de contrah. & commit. stipul.* si enim tibi aliquid promitto, heredi quoq; tuo videor promisisse. *l. si ut. §. pen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* & qꝫ conuentiones & pacta ad heredes transeant, perspicuum est, ex l. 1. *C. de pactis inter empt. & vend. ex l. viam veritatis. C. loca.* Abbas Panor. *in cap. vlt. in primo not. de arbitr.* latissime Ias. *in cons. 115. col. 5.*

Cum igitur & pacta valeant, de quibus agitur, & ex eis ius quæsitum sit D. C. Iun. heredi matris suæ defunctæ; sequitur illud ius eidem auferri non potuisse per posterius pactum, absq; eius consensu factum, à D. R. eius auia materna, & auunculo. Neq; enim pri-
14 uatis pactionibus inter alios † factis ius aliorum lædi potest *l. Imperatores. ff. de transact.* vbi Scæuola, secundū ea quæ proponebantur, respondit, trāsactione vnius alterum nō lædi, quia neq; cum eo ipse transigit, neq; negotium Septitii Mæuius gerens accepit. Idem habetur *in l. si vnus. §. ante omnia ff. de pact.* & ratio est, quia
15 id quod † nostrum est sine facto nostro à nobis auferri
16 ri non potest. *l. id quod nostrum ff. de reg. iur.* Nec † debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l. non debet.*
17 *eod. tit.* Et ideo de re filiorum † quos in potestate parens non habet, transigere non potest. *l. de re filiorum.*
18 *ff. de transact.* Et de transactione matris, quod † nō noceat filiis, est text. *in l. transactione matris. C. eod. tit.* imo nec pater, qui est legitimus administrator, potest in bonis maternis filio suo præiudicare ea alienando, aut donando, aut distrahendo. *l. 1. C. de bonis matern.* & tradunt Bald. *cons. 357. nulla mulier libr. 1 & 331. quædam puella. libr. 3.* Tiber. Decian. *in consil. 23. numer. 94. & 97. libr. 1.*

Ex his itaq; inferendo ad propositum casum, dicimus, posterius illud pactum quod fecit D. R. auia, non valere in præiudicium D. C. iunioris. Aut enim illa id fecit tanquam tutrix dicti D. C. & non potuit id facere, quia non licet tutoribus & curatoribus re-
19 mittere † ius pupillorum *l. pactum curatoris. C. de pactis.* cum aliis allegatis docte & copiose, à doctissimo Dn. Consulente. Aut non fecit tanquam tutrix, & tunc multo minus præiudicare potuit, quia vt dictum est pactionibus inter alios factis non possunt alii prægra-
20 uari ac lædi, & mater quæ † tutrix non est (multo minus auia) ius administrandi bona filii non habet. *l. si filia. ff. de solut.* Alexan. *in cons. 37. col. 1. lib. 3.* Crauet. *in cons. 39. num 6.*

Non obstat si dicatur illud posterius pactū factum fuisse Anno 1553. primum autem pactum An. 1542. & sic longissimū tempus iam prætériisse, ex quo videtur omnis actio quæ competebat præscriptione sublata, & præsumptio oriri, quod illud pactum posterius approbatum, & ratificatum fuerit à Dn. C. Iunior. aut certe eius vigore Dominum C. Seniorem in bona fide fuisse, præsertim quia bona fides præsumitur, & ea præsumptio ex tanti temporis lapsu magis confirmatur: & deniq; bonæ fidei is dicitur, qui putauit eum, cum † quo contraxit potestatem habuisse con- 21
trahendi, puta tutorem vel procuratorem esse. *l. bonæ fidei. ff. de verb. signif.*

Nam singulis obiectionibus ita respondemus, qꝫ D. C. Senior non potuerit præscribere, & præscriptionis exceptione se tueri aduersus actionē competentem ex priori pacto. Et hoc propter malam fidē, nam cum ille esset † conscius propriæ obligationis, & pacta 22
inita non ignoraret, dicitur fuisse in mala fide. *c. si virgo 34. qu. 12.* Bart. *in l. Celsus num. 18 ff. de vsucap.* Alex *in l. Pomponius § cum quis nu. 12 ff. de acq. poss.* Menoch. *de arbitr. casu 125. nu. 8.* Consequenter præscriptio pcedere non † potest ex iure Canon. *c. vlt. de præscript.* quod sine 23
dubio obseruari debet, etiam in foro ciuili, quia de peccato agitur, vt notant ibi omnes Dd.

Quod vero dicebatur ex lapsu tanti temporis pactum illud posterius confirmari, nō obstat, quia hoc haberet locum, si essemus in dubio, alias si clare constaret de initio vitioso actus non confirmatur, etiam ex † longissimi temporis lapsu, vt late Alciat. deducit 24
in cons. 164. nu. 8. vers. non obstat. & latissime Mascard. *de probationib. vol. 3. conclus. 1371. n. 65.* & propterea qui habet titulum vitiosum non † debet illum producere, 25
si prætendat se præscripsisse mediante temporis antiquitate, vt dixit Paris. *cons. 27. nu. 119. li. 1.* Etenim titulus vitiosus & nullus, malam fidem parit, & ideo præscriptionem impedit, secūdum communem sententiam, vt per Felin. *in c. de quanta. col. 11. vers. limita tertio. de præscript.* Curt. Iun. *cons. 23. nu. 20. lib. 1.*

Deniq; non obstat, quod dicebatur in bona fide fuisse Dn. C. Senior. quia fecit pactum posterius cum D. R. auia dicti D. C. cui secundum leges defertur tutela. *Auth. matri & auiæ. Cod. quando mul. tutela offi. fung. poss.* quia respondetur eam non fecisse illud pactum tanquam tutricem, & vt tutricem non potuisse administrare, nisi prius † solennibus adimpletis, de qui- 26
bus *in d. Auth. matri & auiæ.* & inuentario confecto. *l. vlt. C. arb. tutelæ* & dato, quod omnia fecisset, & solemnia impleuisset, non poterat ius pupilli remittere, *l. pactum curatoris. C. de pactis.* & consequenter non excusari d. Dn. C. in mala fide, ex traditis per Alciatum *in dict. consil. 164. numer. 89.* Borguin. *de tutore & curatore. num. 33.*

Et cum D. R. & dict. auunculus non fecerit illud pactum vltimum nomine Dn. C. Iunioris, non potest dici, quod Dn. C. illud ratificauerit ex lapsu tanti temporis, quoniam quod nomine † nostro ge- 27
stum non est, ratum haberi non potest. *cap. ratum. de reg. iur. lib. 6. cum aliis vulg.*

Præterea donec Dn. C. Iunior fuit in patris potestate, non † potuit contra eum præscriptio currere. 28
leg. prima §. ne autem. Codic. annali exceptione. leg. quarta. §. vltim. Codic. de bonis quæ lib. fuit autem in potestate patris, vsque ad tempus quo vxorem duxit Anno 1571. & sic totum illud tempus subducendum est, & eo subducto, non remanet tempus triginta annorum sufficiens ad præscribendam actionem, *iuxta l. sicut. & leg. omnes. Codic. de præscript. 30. vel quadraginta annorum.*

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro

Pro mercatore Norico.

ARGVMENTVM CONSILII LXVII.

De eo qui causam dedit damni, an & quando teneatur & conueniri possit.

SVMMARIA.

1 *Qui causam damni dat, damnum dedisse videtur.*
2 *Captus pro repressaliis damna petere potest ab eo, qui fuit causa, vt repressalia concederentur.*
3 *Instigator & sollicitator tenetur ad damna & expensas.*
4 *Testis falsus tenetur ad damni emendationem.*
5 *Arrestatus iniuste agit ad damna.*
6 *Acta inter alios aliis non nocent nec prosunt.*
7 *Dolus non præsumitur, sed error.*
8 *Error potius præsumitur, quam falsum.*
9 *Forum quis sortitur multis modis.*
10 *Delinquens punitur in loco delicti.*
11 *Actore non probante reus absoluitur.*
12 *Confessio in epistola, an probet in fauorem tertii absentis.*
13 *Testis in causa propria non probat.*
14 *Comminationes & interlocutiones non habent vim rei iudicatæ.*
15 *Idem.*
16 *Iudicis testimonio quanta fides adhibenda.*
17 *Transactio super crimine quale indicium sit.*
18 *Quilibet renunciare potest fauori suo.*
19 *Testes puniri possunt à iudice, coram quo deponunt falsum.*
20 *Opponens contra testes, quod sint infames, &c. an teneatur actione iniuriarum.*
21 *Testes de auditu regulariter non probant.*
22 *An præsumptionem faciant.*
23 *De eodem.*
24 *Qui causam damni dat, quando teneatur, & quando non.*
25 *Effectus attribuitur causæ proximæ.*
26 *Causa proxima & immediata attendi debet.*
27 *Ratificatio, quando mandato æquiparetur.*
28 *Testimonium iudicis non valet in ea causa, in qua iudicauit.*
29 *Iuramento quandoq; causas decidi.*

Species facti.

Lis orta est, & in iudicium deducta in ciuitate Genuæ, inter Gubernatorem, & emptores vectigalium ibi ex vna, & Io. Mariam Wertoman Hortens. Beccaria & Camillum Pestaluzium, litis consortes mercatores, de Pluri & Clauena locis subditis dominio & iurisdictioni ciuitatis Curiæ trium ligarum, seu vt dicitur Grixonum ex altera, super eo, num ciuitas de Pluri & Clauena sit in Germania sita, ad effectum, vt dicti mercatores tanquam Germani in teloniis & vectigalibus frui debeant priuilegiis Germanorum.

In ea lite supradicti vectigalium emptores produxerũt aliquos testes Germanos, & inter cæteros Andream Vogt ciuem Noricum, tunc temporis Genuæ commorantem, qui iuratus deposuit, d. mercatores de Pluri & Clauena non haberi pro Germanis, nec dicta loca in Germaniæ partibus sita esse, cuius suæ depositionis alios etiam habuit contestes.

Quamobrem Petrus Antonius Beccaria, & litis consortes comparuerunt coram dictorum Dominorum Grixonum deputatis, qui in dicta ciuitate Curię congregati erant, & conquesti sunt, se non posse gaudere Genuæ priuilegiis Germanorum circa telonia, & eos rogarunt, vt eam ob causam illas literas darẽt ad remp. Genuensem, in quibus eorum causa commendaretur, & literæ eisdem datæ fuere tres diuersis temporibus.

Cum autem Anno 1588. quo tempore adhuc lis illa Genuæ pendebat, vnus ex dictis testibus nimirum d. Andreas Vogt transiisset Clauenam, statim à Commissario seu Iudice loci nulla ei causa dicta arrestatus fuit, sed cautione præstita de redeundo, & se sistendo, si vocatus esset sub pœna 400. Coronatorum arresto liberatus fuit.

Et cum postea non rediret, nec se sisteret fideiussores eius coacti sunt pœnam soluere dictorum 400 aureorum, quibus ipse Andreas satisfecit.

Postea lis Genuæ decisa est, contra emptores dictorum vectigalium pro mercatoribus prædictis de Pluri & Clauena, illosq; Germanos esse, & Germanorum priuilegiis gaudere debere, iudicatum est 6. Iunii, Anno 1590.

Andreas Vogt apud Senatum Noricum conqueritur de arresti iniquitate, sibi de facto à Commissario Cleuensi iniuncto, idque ob testimonium in dicta causa Petri Anton. & aliorum consortum contra eos dictum. Et dictos de Beccaria & litis consortes hoc arrestum procurasse, ac proinde petiit eos cogi ad deponendum 400. coronatos apud Argentarium Norimbergæ, vulgo Odeschalco dictum, & vt caueant damnorum nomine quæ ipse Vogt eam ob causam passus est.

Quare Io. Baptist. Beccaria suo & consortum nomine egit contra Andream Vogt, *ex l. diffamari.* & obtinuit. Vnde Andreas Vogt litem instituit, & conuenit iam dictum de Beccaria & consortes suos, petens, eos tanquam dicti arresti authores, causatores & procuratores, ad restituendum dictos 400. coronatos, & ad emendationem damni, quod ex eo iniquo arresto passus fuit, condemnari. Excipiunt illi & negant se arresti illius procuratores fuisse. Testes examinati sunt, & varia documenta hinc inde allata sunt, & ita processus causæ instructus est, vt definitiua sententia expectetur.

Nunc quæritur, an non probatum sit ab actore Andrea Vogt, d. de Beccaria & litis consortes reos, fuisse causatores & authores dicti arresti, ac subinde etiam aliorum damnorum, quæ ob eã causam actor est passus, vt in consequentiam condemnati debeant, iuxta petita per ipsum actorem.

Iesu Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

Cardo huius causæ in eo vertitur, an sufficienter sit probatum ab actore, reos conuentos authores & procuratores dicti arresti fuisse. Nam si id probatum sit sine dubio condemnandi sunt rei ad emendationem damni, iuxta petita per actorem: Est enim hæc verissima iuris regula, & conclusio certissima, qui occasionem damni dat, damnum † dedisse videtur, vt dixit Summus Pontifex Gregorius IX. 1
in cap. vlt. de iniuriis. quod antea responderat Iurisconsultus *in l. qui occidit. §. in hac. ff. ad legem Aquil. l. penult. ff. solut. matrimon. l. si merces §. culpa l. videamus. § vltim. ff. locati. in l. Prætor. n. 2. §. vltim. ff. de vi bon. rapt. in leg. nihil interest. ff. ad l. Corn. de sicariis.* Et hanc regulam sæpissime Doctores nostri adferre solent, Iacobus Emilianus *in consil.* 38. *num.* 1. Hippol. Riminal. *in con-*

*in consil.*118.*num.*29.*libr.*2. Marsilius *ad dict. l. nihil interest. ff. ad leg. Cornel. de sicariis*. Ioan. Petr. Surd. *in cons.* 12.*num.*40. Andr. Geil. *de arrestis Imperii. cap.*4.*nu.*8.*&* *cap.*13.*num.*8.

Et ideo dixit Bartolus *in l.*2.*§. item si in facto. circa fi-*
2 *nem. ff. de verb. oblig.* captum pro† repræsaliis quicquid soluit repetere posse, ab eo, qui fuit causa, vt repræsaliæ herent. Sequitur Alexander *ibidem num.* 2. alios citans, & Iason *num.*23. Marsilius *in d. l. nihil interest. nu.* 4. Surdus *d. cons.*12.*num.*40. alios multos refert & sequitur Bursat *in cons.*138.*nu.*64.*lib.* 2.

Et quam plurimorum est sententia, instigatorem
3 & sollicitatorem† iudicis in criminalib. iudiciis condemnandum esse ad damna & expensas, quas iniuste delatus & accusatus passus fuit, quia videlicet author eiusmodi damnorum & expensarum fuerit, Gloss. *in c. cum dilecti. in ver. expensas. de dolo & contum.* Egid. Bossius *tit. de accusationib. num.*27. Hippolyt. Riminaldus alios adducens *in cons.* 303.*num.*6. Andr. Geil. *lib.*1.*obseru.*152.

Sic etiam ex eodem hoc principio Doctores vo-
4 lunt, testem falsum† condemnandum esse ad emendationem damni, quod propter testimonium falsum alius sensit, quia scil. is, qui testimonium dixit, causa fuerit, vt tradit Corsetus *in singularibus suis, in verb. testis. singul. incipiente, si aliquis. citans pro hac sententia text. in argum. in capit. sicut de testib. & attestatio & in c.*1.*de custodia Eucharistiæ & Chris.* Idem tradit Iulius Clarus *§. falsum. vers. pœna autem testis citans Gl. ff. in c. presbyterum. in verb. aliam infirmitatem. de hom. cid.* vbi similiter Gloss. huius communis regulæ mentionem facit.

Deniq; vt & propius ad rem nostram accedamus,
5 arrestatum iniuste† agere posse contra arrestatorem vel iudicem, non solum ad restitutionem damnorum, interesse, & expensarum, verum etiam actione iniuriarum, docet Andr. Geil. *in tract. de arrestis Imperii. cap.*14. Cuius sententiæ præter ea quæ Geil. adducit, illud videtur esse fundamentum solidum, quod ex communi regula supradicta deducitur. Quia videlicet, qui causam damni dat, damnum dedisse videri, & consequenter teneri, & condemnandum fore, vt dictum est.

Quod autem inique fuerit arrestatus dictus Andreas Vogt, vt in actis, & sic arrestum illud Commissarii Genuensis iniquum fuerit, dubitari non potest.

Primo, quia iustam causam ille arrestandi non habuit.

Secundo, quia nullam habebat potestatem siue iurisdictionem in ipsum Vogtium.

Quod nullam causam habuerit, patet, quia præsupponitur eam ob causam arrestum factum, quia d. Andreas vti testis examinatus Genuæ, deposuit, Dominos supradictos de Beccaria & litis consortes Germanos non fuisse, & pro Germanis non haberi. Nunquam autem in iure auditum est, propter testimonium dictum in aliqua causa quempiam arrestari debere vel puniri, præsertim vero, cum non sponte, sed ex iudicis mandato testimonium dictum est, nisi falsum quis deposuerit, tūc enim propter falsitatem puniri potest. Sed in præsenti casu testimonium Andreæ non constat esse falsum, vt propterea accusari potuerit & puniri Nam deposuit ipse Andreas montem S. Bernardi, qui est in prouincia Dominorum Grisonum, & sub legibus eorum esse citra locum appellatum de Pluri iurisdictionis Heluetiorum, & eam prouinciam separatam esse, ac diuersam à prouincia Teutonica, & pro tali haberi, & tales Grisones non esse Germanos, nec pro Germanis habendos, quia non subsunt legibus Imperii: & causam addidit huius depositionis, dicens, se & alios Germanos litem habere apud officium Sancti Georgii, eosque comparere noluisse, ne Germani vocarentur.

Hæc falsa esse ex actis ad nos missis non constat. Et licet postea sententia lata fuerit in ciuitate Genuę, & in ea pronunciatum, quod dicti Domini de Beccaria, & litis consortes deberent frui & gaudere priuilegiis Germanorum, non tamen inde probatur Andreæ testimonium falsum esse: primo, quia sententia illa lata fuit longe post arrestum factum, videlicet Anno 1590. cum tamen arrestum fuerit factum Anno 1588. Secundo, quia sententia inter alios lata, aliis neq; prodest † neq; nocet, *toto tit. C. res inter alios* 6
acta. Tertio, quia falsitas non committitur sine dolo. *l. nec exemplum. C. ad l. Corn. de falsis* ibi. *Cum non nisi dolo falsum committentes crimini subiugentur.* Doctores *in c. cum Ioannes. de fide instrum.* Grammaticus *decis.*60.*nu.* 7. Socinus Iunior *cons.*37.*num* 28 *libr.* 2. Menochius *de arbitrariis iudicum. casu* 309 *nu.*1. Clarus *in §. falsum. vers. excusatur.*

Dolus autem † non præsumitur, sed potius error. 7
l. quoties § qui dolo. ff. de probat. Gloss. in c. accedens. de crimine fal si. Marsilius *cons.*51.*num* 33. Parisius *cons.*169.*num.* 58.*lib.*4. qui scribit per errorem potius † præsumi fa- 8
ctum, quam vt falsum committeretur. Cæphalus *in cons.*535.*num.*51.*libr* 3. bonus textus *in l quoties. §. tantundem. ff. de hered. instit.* Alexander *in consil.*53.*num.*16. *libr.* 7.

Alios multos in eandem sententiam citat Mascardus *de probationibus. volu.*2.*con. l.f.*745.*nu* 3

Quod autem Commissar. & Iudex Genuæ, nullam habuerit in personam dicti Andreæ potestatem ac iurisdictionem, manifestum est, quia ille est ciuis Noricus, & ideo subiectus reipubl. Noricorum. Et cum aliquis secundum iura & Doctores nostros sortiatur forum triplici ex causa, nempe † vel ratione
9 originis, vel ratione domicilii, quod habet in loco, vel ratione delicti in loco commissi: vt late explicat Couarr. *pract. quæst. cap.* 11.*num.* 3. & Clarus *§ fin quæst.* 35.*& quæst.*85. & de delinquente puniendo † in loco 10
delicti, *ciil text. in l.*1.*& in Auth. qua in prouincia. C vbi de crim. agi oporteat.* Non erat Commissarius ille Genuæ cōpetens iudex nec ratione originis nec ratione domicilii, nec ratione delicti (quanquam nullum erat delictum) quia Andreas Vogt, non deposuit illud testimonium Genuæ, nec ibi domicilium habet, nec inde oriundus est, cum sit ciuis Noricus, vt dictum est: & ideo conueniri debuit coram suo iudice ac magistratu.

Quare ex omni capite iniquum fuit arrestum illud, & ideo, vt dicebamus, actio merito Andreæ competit ad damnorum æstimationem, quæ passus fuit. Sed omnis difficultas in eo est posita, quod actionem instituit contra reos conuentos, tanquam causatores dicti arresti, & ideo probare tenetur reos fuisse dicti arresti causatores. Ex hoc enim sequetur, eos damno causam dedisse & occasionem, & per cōsequens damnum dedisse, & ad eius emendationem teneri.

Cæterum si defecerit in eo actor, quod est intentionis suæ fundamentum, nulli dubium est quin rei absoluendi sint: Actore enim non † probante reus 11
absoluitur, *l. qui accusare. C. de edendo. l. vlt de iureiur. cap. inter dilectos. de fide instrument.* Et ideo actor quod deducit & adseuerat probare debet, si reus id neget. *l. actor*

actor quod asseuerat. C. de probat. l. 2. l. ab ea parte. ff. eod. tit. latissime præter ordinarios interpretes Mascard. *de probationibus. volum. 1. conclus. 36. actore non probante.*

Igitur hunc articulum nos diligenter examinabimus, an videlicet Andreas Vogt, actor in præsenti iudicio, sufficiéter probauerit, aduersarios reos conuentos authores & causatores seu procuratores fuisse dicti arresti, iniqui Commissarii & iudicis Clauenæ. Et vt nulla ex parte studium hac in re desideretur nostrum, id examen probationum ad duo capita reuocabimus.

Primum erit, an non probatum sit in actis & processu concludenter, & per veras & certas probationes, dictos reos conuentos immediate causatores fuisse, & procuratores dicti arresti, vt dici possint causa proxima fuisse.

Secundo, si nullæ sint certæ & claræ probationes, quod dicti rei conuenti immediate procurauerint arrestum, ita vt causa proxima fuerint ipsius arresti, an saltem ex his, quæ ex actis resultant talem causam & occasionem saltem remotam arresto dedisse videantur, quæ sufficiat, vt condemnari possint ad emendationem, ac restitutionem damnorum, quæ dictus Andreas actor passus est, ob arrestum sæpe dictum.

Quod igitur ad primum attinet, omissa disputatione in vtrãq; partem, quæ in præsenti consultatione inutilis esset, & fortasse confusionem pareret, nec commode etiam adferri potest, respondemus atque concludimus probatum id non esse, quod videlic. rei conuenti actores seu causatores immediati, & tanquam causa proxima apud Commissarium Clauenæ fuerint, arresti huius: quod vt planum faciamus, percurremus singula documenta, & singula quæ ad id probandum ab actore allata sunt.

Primo itaque productas vidimus in actis literas à Petro Antonio & Hortensio Beccaria ad Antonium Pezasulucium scriptas 28. Iunii ex ciuitate Genuæ, Anno 1589. sub N. I. Circa quas literas, omissa disputatione, an confessio quæ in epistola continetur,
12 probet † in fauorem absentis Tertii, contra Scribentem, de qua per Antonium Butrium, Panormitan. & Imolam *in cap. vltim. de confessis.* Castrensem *in l. Publia. ff. depos.* Alexand. *in consil. 90. libr. 4.* & alios quorum mentionem facit Antonius Gabrielius *libr. 1. commun. conclus. titul. de confessio. conclusion. 1. numer. 56.* & post eum late Mascardus *volum. 1. de probationibus. conclus. 626. num. 11.* Omissa hac disputatione, vtpote nequaquam necessaria, dicimus, literas prædictas non probare reos conuentos causatores fuisse dicti arresti, quia id in literis non continetur, imo expresse negatur. Sic enim scribit dictus Petrus Antonius, se nec suos quicquam habere negocii & commune cum illo arresto Commissarii, & non fuisse causatores nec authores eius, se aperte excusando. Sed hæc subiicit Andream Vogt scire, quare arrestum illud factum fuerit: Nam merito, inquit, falsi testes sunt puniendi, sed nos non suscepimus hoc negocium: & quod ipse Dn. Antonius ad quem scripsit, in memoriam reuocare posset, quæ illi dixerit de hac depositione testium contra eos facta, & quod illum monere potuisset, ne deponeret, & illi dicere, quod si quid sinistri ei contigisset, id eum promeritum fuisse. Deinde dicit, quod si Domini Grixones scirent, quod dictum esset contra eos, & nos punirent, eos alio modo quam putarent, & se etiam metuere ne aliter puniant. Ex quibus & aliis in dictis literis contentis, nihil plane continetur, ex quo confessio vel aliud testimonium colligi possit d. reos conuentos in causa fuisse memorati arresti.

Secundo animaduertimus in actis responsionem & decretum Senatus Norici 2. Ian. Anno 1591. Nam cum legatus D. Grixonum ad illum Senatum missus, conquereretur de Andr. Vogt, quod testimonium illud dixisset propter quod diffamata eorum natio fuit, ac propterea is à Commissario Clauenæ arrestatus fuisset, & dimissus sub promissione & cautione redeundi, ac proinde instaret & peteret, vt dictus Andreas eo iret ac se sisteret. Respondit Senatus petitionem eorum locum habere non posse; Primo, quia Senatum informasset, se ad testimonium dicendum non vltro accessisse, sed citatum & vocatum, & deposuisse prout ille sciuit. Secundo, quia deberet Andr. conueniri coram ipso Senatu Norico, cuius subditus esset. Et quod ex informatione ipsius Andreæ illud arrestum solum procedat causa ipsorum de Beccaria, quibus propterea Senatum mandare tanquam causatoribus huius controuersiæ, vt eo rem dirigant intra duos menses, vt processus cassetur, & illa tollantur quæ possent bonam amicitiam inter Dominos Grixones & Noricos impedire, & Andreas Vogt & alii ciues liberentur à minis factis. Quod si non fecerint Beccariæ, & sui ciues inde aliquid amplius passi fuerint, tunc Senatus velit iure agere, & remedia contra Beccarias instituere.

Sed ex hoc responso & decreto Senatus, nulla colligitur probatio, quod d. Beccariæ ac litis consortes causatores d. arresti fuerint. Primo quia hoc nõ dicit neque continet supra dictum responsum. Secundo quia est res inter alios acta, nempe inter Senatũ Noricum & legatum Grixonum, quod propterea aliis nocere non debet nec prodesse, secundum iuris regulas vulgares. Tertio, quia quod Senatus dicit, ipsos Beccarias causatores d. arresti fuisse dicitur ex informatione † ipsius Andr. Vogt actoris. Dictum autem 13
Andr. non probat, quia in causa propria hoc dixit, *l. nullus. ff. de testib. l. omnibus. C. eod.* Et licet Senatus appellauerit d. Beccarias causatores huius controuersiæ, tamen nõ infertur eos fuisse causatores arresti, & damni quod d. Andr. passus est: etenim præter arrestum iam factum, alia erat controuersia, quę tunc agitabatur inter legatum Grixonum & Senatum Noricum, nempe, an Andr. esset ad Commissarium remittendus, vt ibi latius continetur; præterquam quod illa verba Senatus non faciunt ius aliquod nec præiudicium in præsenti causa, in qua id principaliter tractatur ac examinatur, nunquid Beccariæ & alii rei conuenti, dicti arresti, & damnorum inde secutorum causatores extiterint, nec ne.

Nec enim † similes iudicum interlocutiones & 14
comminationes vim obtineant rei iudicatæ *l. interlocutio. l. programma. C. Comminationes, Epistolas, Programmata, Subscriptiones, authoritatem rei iudicatæ non habere.* Quod enim magno conflictu senteria decerni solet, id paucis literis non causa cognita descriptis, definiri fas non est, inquit Constant. *in l. vlt. C. eod. tit.*

Tertio in actis productum vidimus ab eodẽ actore scriptum Senatus Norici, ad Commissarium illum Clauenæ 13. Febr. An. 1591. in quo Senatus Commiss. in memoriam reuocat responsionẽ datam legato D. Grixonum, & petit vt desistat à processu illo contra Andr. Vogt, contra iuris rationem instituto, & dicit in potestate ipsius non esse comparere, mirariq; eum in Citatione scribere ac diffamare ipsum Andream Vogtium, quasi sciens prudensq; falsum dixerit, & contra laudabiles tres ligas D. Grixonum egerit;

quod illi iniuria fiat, prout apparet ex responso suo legato Grixonum dato.

Et idem etiam hoc nomine ab aliis Commissariis Clauenæ suis antecessoribus per Beccarias & litis cōsortes petitum fuisse, & illi tanquam iniustum id esse putarunt. Et quia esset contra iura, cōstitutiones Romani Imperii & priuilegia, coram extraneis Tribunalibus comparere; ideo Senatus velit ei indicatum, quod non comparebit, & vt processum hunc malum suum & irrationabilem casset. Et si non velit ab eo desistere, Senatum velle damna inde data consequi à causatoribus illis, qui etiam Norimbergæ fruantur commodis, &c.

Sed quod attinet ad hoc scriptum, licet causatores appellentur dicti rei conuenti (de illis enim sine dubio Senatus intellexit) quia tamen id à Senatu causa cognita partibus præsentibus, & seruatis de iure seruandis definitum iudiciali sententia non est, vt supra proxime dicebamus, videtur esse potius quędam Se-
15 natus † comminatio, quam sententia, & ideo rei iudicatæ vim non habet *l. 1. l. interlocutio. l. pen. l. vlt. & toto titul. Cod. comminat. epistolas.* & in terminis de Epistola habetur *in l. 2.* vbi Alexander Imperator scribit, rei iudicatæ effectum non haberi, quod Rector prouinciæ per epistolam iussit.

Nec etiam testimonium hoc Senatus Norici dici potest, quodam modo dictū in hac causa, neq; enim in forma iudiciali aut alio modo legitimo hoc deposuit Senatus tanquam testimonium, quod d. rei conuenti causatores fuerint (est enim ipse Senatus Noricus huius causæ iudex) sed hoc tantum comminatus est reis conuentis, in epistola illa ad Commissarium scripta, quia suspicatus est eos fuisse causatores arresti, & omnium inde secutorum, idq; ex informatione proculdubio dict. Andreæ potissimum. Quare non est opus eam disputationem ingredi, an, &
16 quanta sit fides † adhibenda iudicis testimonio, de qua præclare loquitur text. *in capit. cum à nobis. de testibus. in capit. post cessionem. de probationib.* & Doctores ibi Iacobus Menoch. *de arbitr. iudic. quæstion. 76. numer. 3.* & post eum Mascardus *de probationib. volum. 2. conclusione 949.*

Quarto loco in actis habetur cōpositio siue transactio facta inter Baptistam Beccariam 10. Febr. anno 1590. & Andream Vogt mediante Martino Hallero quæ manu Halleri scripta à partibus est recognita in qua habetur Dn. Andream actorem ex vna, & Baptistam Beccaria vna cum suis assistentibus ex altera, ita conuenisse, vt quamuis Beccariæ iniuncta fuisset à Senatu Norico quadringentorum coronatorum depositio, quos Vogt soluerat ratione arresti, Beccaria tamen & Werdeman ad Commissarium prędictum Clauenę deberent scribere, eumq; monere, quod nō possit esse simul iudex & pars, item de priuilegiis ciuitatis Noricæ ratione ciuium suorum, & quod nihil deliquerit d. Vogt, in Grixonum ditione, & ideo molestari non potuerit, atq; ita tentare, an intra quatuor vel quinq; septimanas tantum impetrare possent, vt Vogtio remitteretur cautio; quod si impetrari non possit, tunc Beccariæ deponere debeant 400. coronatos in iudicio iuxta Senatus decretum.

Ex quibus argumentum actor colligit d. Beccarias procurasse hoc arrestum, quia si non procurassent, non tentassent hoc à Commissario impetrare.

Sed certe hoc argumentum videtur nobis valde infirmum esse. Nam quod ad compositionē seu trāsactionem attinet, illa nihil obest reis conuentis, nec probat eos fuisse causatores arresti. Etenim cū de hoc lis verteretur inter ipsas partes, & deberent iam ipsi Beccariæ deponere 400. coronatos, omnino re permissum illis erat transigere & conuenire cum aduersatio, vt si fieri posset omnis controuersia tolleretur. Et ideo nihil probat illa transactio. Nam & in criminalibus iudiciis, in quibus alias transactio non leue indicium delicti † commissi adferre solet, nul- 17
lum tamen indicium ex ea oritur in illis casibus, in quibus est permissa, quia quod fit lege permittente, nemini præiudicium inferre debet, ita Clarus *in §. fin. quæst. 21. vers. pax seu transactio.* citans Bliancum & alios.

Deinde non est facta transactio inter partes super eo, an videlicet ipsi rei conuenti causatores fuerint arresti, sed super eo, vt euitarent decretum Senatus, quo iussi erant 400. coronatos deponere. Ideo transactio super re diuersa non præiudicat, *l. si vnus. § ante omnia ff. de pactis.*

Quod vero attinet ad illud, quod d. Beccaria procurauerit apud Commissarium, vt cautio Actori remitteretur: illud certe argumentum nullius fere est ponderis tū quia illud, quod procurauit, non est impetratum ab eo, ex quo coniectura potius contraria oritur, quod ille arrestum non procurasset: Nam si arrestum ille procurasset, facile etiam impetrare potuisset, vt cautio remitteretur. Quod enim magistratus facit ad partis instantiam, facile etiam reuocare solet † ad 18
eiusdem partis instantiam, quia pars renunciare potest iuri suo. *l. post. quam litis C. de pactis.* Tum quia si procurauit cautionis remissionem Beccaria, ergo non fuit causa damni, quod exinde passus fuit actor, siquidem contrarium potius procurauit, nempe, vt cautio remitteretur, qua remissa nō incurrisset actor damnum 400 coronatorum.

Postremo, quia alia potest & quidem probabilis interpretatio fieri huius procurationis factæ, vt cautio actoris remitteretur, illa nimirum, quod ad redimendam litis vexationem & onus illud deponendi 400. coronatos facta fuerit, & propter amicitiam quę erat inter Beccariam & Commissar. ob quam sperabat se id facile impetraturum: adde etiam & propter iustitiam causę. quia videl. ille Commissarius non poterat esse pars & iudex, & nullum crimen cōmiserat actor in ditione sua, quamobrem ex iis omnibus concludimus argumentum hoc non probare intentionem ac fundamentum actoris.

Quinto habentur in actis literæ à tribus statibus Grixonum ad Rempubl. Genuensem, datæ 16. Ian. Anno 1587. in quibus continetur, quod ad instantiam Petri Anton. & Hortensii de Beccaria. & consortum conquerentium, quod non possint frui priuilegiis Germanorum, circa telonia ad d. rempub. ante biennium literas dedissent, quib. petierunt Grixones tanquam veros Alemannos pro talibus haberi, & contrariū dicentes tanq̄ falsos testes puniri debere, & quod cum ad hasce literas responsum non acceperint, rogent iterum, eos haberi pro Alemannis, & deducunt certis quibusdam argumentis eos esse Germanos.

Deinde 24. Februarii Ann. 1589. Grixones denuo scribunt ad remp. Genuensem, legatum mittentes Capitaneum Kescherum fratrem Commissarii, tanquam bene informatum.

Tertio iterum scripserunt ad remp. Genuens. conquerentes, quod propter calumniantes quosdā Beccariæ grauentur circa telonii exactionē, & mittunt alium legatum eam ob causam, Io Baptistam Gelfnerum, literæ scriptæ sunt 2. Martii 1590.

Ex quibus actor vult probare, quod cum Beccariæ procurauerint illas legationes, & suis D. Grixonibus

dixe-

dixerint se grauatos ex depositione horum Germanorum (inter quos est actor hic noster) falsum testimonium deponentium, & Grixones peterēt Germanos illos puniri, ideo eosdem Beccarias reos cōuentos, idem etiam apud Commissarium Clauenæ procurasse, vt scilic. actor fuerit arrestatus.

Sed hoc argumentum etiam non vrget. Nam aliud est procurare per Dn. Grixones, vt actor & alii literis ad remp. Genuensem datis, tanquam falsi testes punirentur, quæ petitio, si testes falsum dixissent testi- 19 monium dolose, erat iuri consentanea. Testes † enim puniri possunt à iudice coram quo falsum deponunt. *l. nullum. C. de testib.* præclare Couar. *Practic. quæst. cap. 18. num* 8.

Aliud est petere, vt puniantur à Commissario Clauenæ, qui nulla ratione cognoscere ac punire tale crimen potuit. Et ideo cum hæc sint longe diuersa ac dissimilia, locum habet vulgata illa nostrorum propositio, ex diuersis non fit illatio *l. Papinianus exuls. ff. de minorib.*

Quod autem hæc apud Dn. suos Grixones procurauerint, scil. & literas & legatum ad remp. Genuens. id fecisse videri possunt iuris sui conseruandi gratia, & promouendi. Vnde nemini iniuriam facit, qui iure suo vtitur. *l. nullus. de reg. iur. c. cum ecclesia. de elect.*

Et licet dubium sit & controuersum iure nostro, si quis contra testes opponat, se defendendi gratia, q 20 sint † infames, falsarii, & aliis delictis obnoxii: vtrum teneatur actione iniuriarum, si nō probet eos esse tales, vt videre licet ex Oldrado *in cons. 53. num* 6. Bossio *tit. de iniuriis n. 21.* Claro *§. fin. q. 53.* Andrea Geil *libr. 2. obseru. 101. num. 7.* & Ias. *in l. illud. ff. quod quisq; iuris.* vbi negat actionem iniuriarum competere: tamen in consultatione hac nostra hæc inuestigare non est opus, quia actor non intentauit actionem iniuriarum contra reos, conuentos eo nomine, quod eum appellauerint falsum testem, sed aliam instituit actionem, quod scil. ipsi rei cōuenti tanquam causatores & procuratores arresti facti per Commissarium teneantur ad omnia damna, quæ propter illud arrestum passus fuit ipse actor.

Quod si super actione iniuriarum, an dicto actori competat aduersus conuentos eam ob causam, quod sæpe dixerint, illum esse falsum testem, & pœna dignum, nostrum expetetur responsum parati erimus, vt iuri consentaneum nobis videbitur, respondere.

Sexto in actis habentur depositiones aliquot testium examinatorum Norimbergæ, quorum primus & secundus nihil ad rem nostram testificantur. Tertius vero nil aliud testificatur, quam arresti causam primum fuisse Equitem Martinū Kasserum fratrem Commissarii Clauenæ, quod non facit pro actore, sed potius contra eum. Quartus nihil ad rem deponit, sicut nec quintus, neq; sextus, neq; septimus, qui negat se dixisse id, quod continetur in articulo, & ideo potius actori nocet quam prodest.

Septimo vidimus in actis depositiones quatuor testium Genuæ examinatorum in lingua Italica, quæ nihil etiam actorem nostrum iuuare possunt. Nam primus nil aliud deponit, nisi actorem aliquando arrestatum fuisse, idq; se audiuisse à variis personis, & hoc ob litem illam Beccariarum & sociorum: sed verum Beccariæ fuerint causa arresti nihil dicit.

Secundus vero testis dicit Hortensium Beccariam ægre tulisse, & minatum etiam fuisse, quod Andreas Vogt actor noster & alii, in iudicio examinati, deposuissent, eum & alios consortes Germanos non esse, & quod publice audiuerit à variis personis, & ab Equite Martino, fratre Episcopi Curiæ, Andream arrestatum fuisse Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum.

Tertius autem testis deponit se publice audiuisse arrestum dicti Andreæ, & quod fuerit occasione dictæ litis & depositionis dictorum de Beccaria & sociorum.

Quartus vero idem dicit qui secundus.

Itaque duo sunt testes de auditu, quod d. Andreas fuerit arrestatus Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum, qui quidem testes non probant propter multas causas; prima est, quia testis de auditu † regulariter non probat, debet enim testifi- 21 cari de eo, quod scit per sensum proprium, non per sensum alienum *l. testium. C. de testib. c. testes. 3. quæst. 9. c. tam literis. eod. tit.* ibi nihil esse contra Lucanū electum sufficienter ostensum, nisi de auditu & fama, Speculator *tit. de testib. §. 1. vers. item quod nō probet testimonium.* & ideo Gl. *in l. 2 § idem L abeo. in verb. audierint. ff. de aqua pluu. arcen.* dixit, testem de auditu non esse verum, sed improprium testem refert & late probat Io. Crotus *de testib. part. 9. num. 366.*

Et licet ex Archidiacono & aliis quibusdam dici soleat, testes de auditu præsumptionem facere, quæ transfert onus probandi in contrarium, vt late prosequitur Menoch. *de arb. iud. casu* 475. tamen falsa est illa opinio, vt ostendit Natta *in cons.* 170. neq; Archidiaconus id dixit, & aliter est accipiēda doctrina Archidiaconi, sicut declarat ibi Natta, vt videl. si probatione ex vtraq; parte sint pares, tunc † præsumptio fit p 22 illa parte, pro qua deponunt testes de auditu.

Præterea, vt testes de auditu probent, necesse est: Primo vt deponant se † omnes audiuisse ab eisdem 23 personis, alioqui dicuntur singulares, Menoch. *d. casu 475. n. 23.* Secundo, vt nominēt personas à quib. audiuerunt. *c. licet ex quadam. de testib.* & saltem duos nominare debent, Natta *d. cons. 170. n. 5.* Tertio addere debent, quod ipsi ita credunt. *c. quoties. de testib.* Natta *vbi s. nu. 7.* Quarto necesse est, vt dicant se audiuisse ante litem motam, ne possit dici famam fuisse excitatā lite iam inchoata *d. c. licet ex quadam. de testib.* Natta *vbi supr. nu* 8. Menoch. *d. casu 475. nu. 14.*

Quæ omnia in depositionibus d. testium desiderantur, vt ex eis facile licet colligere.

Octauo in actis continetur extractum quoddam, vt vocant, literarum Antonii Pestaluzę, qui erat procurator Vogtii Clauenæ, in quo nihil in specie exhibetur, quo probetur actoris intētio, sed scribit se diu egisse cum Commissario Clauenæ de relaxatione arresti, & nihil potuisse efficere, & vt debeat pergere apud ciuitates Imperiales, qui si Beccariæ malefecerunt, erit damnum illorum, quod à D. Grixonib quibus literas reddidit, fuerit sibi mandatum, vt concordiam procuraret, & Beccarias plus expendisse in ea lite, quam ipsum Vogtium, quæ omnia non pertinent ad quæstionem nobis propositam.

Nono deniq; sunt & alię quędam literæ in actis amicorum, qui pro concordia incundi inter partes sese interposuerunt, & nihil ad rem faciunt.

Ex quibus primū caput consultationis ac responsi nostri absolutum apparet: in quo concludimus probatum non esse ab actore sufficienter d. reos cōuentos arresti, de quo agitur procuratores & causatores fuisse ad effectum, vt debeant cōdemnari ad damnorum eam ob causam illatorum refusionem.

Nunc sequitur alterū caput, an ex actis talia resultent, quæ nihilominus sufficiant ad condemnationem dictorum reorum, iuxta petita per actorem.

trarsla prala Decius *in conf.15.nu.*1. ideo cum non expresserit, sub legato non veniunt.*argum.l.si seruum.§. non dixit prætor ff.de acq.hered.l.4.§.Titius.ff.de damno infect.cum vulgatis aliis.*vt per Felin. *in c. nonnulli. vers. vbi verba non conueniunt.de rescrip.*

14 Secundo, quia in legatis stricta fit † interpretatio. *l.apud Iulianum.§.sicio.de leg 1.l.nūmis.de leg.3* Decius *in l.in testamentis.de reg iur.& in l.pecuniam quam.num.9.ff. si cert.pet.in c.inter cæteras nu.9.de rescript.*Iason *l. non dubium.col.9.C.de leg b* Ratio est quoniam testator censetur minus voluisse grauare heredem, quam sit possibile *l.vnum ex familia.§.si rem de leg.2. l.qui cōcubinam. §.qui ita de leg 3.*late Crauet.*in conf.32.n.3. & 149.n.15.* ergo non censetur legasse bona feudalia, de quibus nullam fecit mentionem.

Tertio, quia cum legatæ domus dicatur esse Hofmarchiæ, ad similitudinem castri, eius pertinentiæ nō sunt aliæ, quam iurisdictio. Nam pertinentiæ dicuntur quæ lege, statuto vel consuetudine sunt deputatæ, vt rei accedant. Castro autem nihil corpora-
15 le † est deputatum, sed consueuit ei iurisdictio assignari territorii, vt dicebat Innocent.*in d.c.cum ad sedem.num.2.de restit.spolia.*quem Doctores multi secuti sunt, quos commemorat Antonius Gabriel *lib. 6. comm concl.tit.de verb.signific.concl.*10. Ergo nec prædia seu bona feudalia de quibus agitur contineri possunt pertinentiarum nomine, cum sint res immobiles & corporales, vt patet.

Quarto, ita videbatur respondendum ex authoritate eorum, qui in terminis quęstionis huius de Castro cum suis pertinētiis concesso vel legato respon-
16 derunt, sub † nomine pertinentiarum non comprehendi prædia & alia bona particularia quæ concedens possidebat in territorio dicti Castri, ita omniū primus docuit Imola *in l.3.ff.de acq.poss.* Alex.*ibid.col. pen.& in conf.222.in fin.lib.3 & conf 14 circa finem. lib.7.* Aretin.*in conf.15 col.1.*Afflict.*in vsibus feudor.tit.de Capitaneo qui curiam vendidit. num 8* Ias.*in l.vlt.col. 2. vers. vide etiam ff.de constit.princ.*Ruin.*in conf.45.lib.1.* Socinus iun *in conf.160 num 31.lib.2.*Curt.iun.*in conf.158.* Alciat.*conf.33.num.5.in 3.tom.*Alba.*in conf.78 n.12.*Natta *conf.3 3 col 2* Cæphal.*in conf.250.num.15 16.lib.2.*Rolan.à Valle *in conf.33 num.22.cum seqq lib. 4.* Hippolit. Riminal.*in conf.19 lib.1.* Crauetta *in conf. 480.num.3.*
17 *lib 3.*Et licet † in concessione facta à principe alicuius Castri cum suis pertinentiis, multis placuerit etiam prędia & bona particularia quę ibi sunt comprehendi, alia tamen est ratio in cōcessione priuatorum hominum, quia beneficia Principis latissime sunt interpretanda *l.vlt.ff de constit.prin.*non sic priuatorum hominum concessiones ac dispositiones, vt notat Crauetta *in conf.895.num 4.lib.5.*Præsertim vero in legatis in quibus stricta fit interpretatio, vt dictum est.

Verum his & similibus quæ adferri possunt non obstantibus, ita respondemus ad propositā quæstionem Quod si verum est in facto, prout narratur, ac nobis præsupponitur, testatorē qui domos seu Hofmarchias legauit, cum suis pertinentiis, feudalia bona possedisse, illisque tanquam ad dictas domos legatas pertinentibus vsum & fruitum fuisse, etiā feudalia bona contineri, eodem legato, eaque legatariæ non autē heredi deberi. Idem respōdemus iuris esse, si testator eodem tempore eodemq; titulo dicta feudalia bona acquisiuit vna cum domib. seu Hofmarchiis legatis. Tunc enim sub nomine pertinētiarum similiter contineri dicimus atque decidimus.

Pro huius autem conclusionis ac responsi nostri cōfirmatione, illud in primis adferre possemus quod simpliciter & absolute & sic in fortioribus terminis, vt dicitur, multi responderūt, nempe legato vel concesso castro cum pertinentiis, etiam prædia quæ ibi sunt possessa à concedente contineri, quoniam verbum pertinere latissimam habet significationem. *l. verbum pertinere. de verb sign.* & pertinentiæ sunt quæ-
dam † accessoria, quæ proinde sequuntur naturam 18
sui principalis. Prædia autem accedere siue accessoria esse videntur, & ideo legato continētur, sicuti responderunt Ias.*ad l.quo minus.in 20.quest.ff.de fluminib.* Andr.Siculus *in conf.57.col.10.lib.4.*Socin. iun.*in conf. 106.nu.3.lib.2.*& alii quos citat Ant.Gabr.*lib.6 comm. concl.concl,10.n.11.*quibus accedunt Berous *in conf. 51. lib.2.*Cæphal.*in conf.144.lib.1.*Menoch.*in conf.140. lib. 2.*Sed quoniam istud fundamentum non est satis firmum, quia alii Dd. quam plurimi contrarium respōderunt, ideo nō innitimur hoc argum. sed aliis seqq.

Quorum illud primū est, ꝙ cum quæstio est, quæ bona dicantur esse de pertinentib ad rē legatā, id ex patrisfamilias vsu ac destinatione potissimū cognosci ac recte definiri potest, quamobrem si, vt dicebamus, verū est, in facto, ꝙ testator bonis his feudalib.
de quib.agitur vsus ac fruitus sit † tanq̃ pertinentib. 19
ad legatas domos siue Hofmarchias, sequitur dicendū ea legato cōtineri. Probatur hæc sententia *argum l. ꝙ in rerū.§.si quis post.de leg.1 si quis post testamentū factum,* ait Pompon.*fundo Titiano legato partē aliquam adiecerit, quā fundo Titiano destinaret, id quod adiectū est, exigi à legatario potest.& l prædiis.§.qui domū.de leg.3.*ibi, *si hortū domus causa cōparauit, &c. domus legato continebitur.ex l.Caius.§.5 de leg.2.*ibi *Paulus respondit, si testator fundū Seianū vno nomine vniuersum possedit, quāuis eundē diuisis partibus locauerat, vniuersum eū ex causa fideicō nisi præstare oportere, &c.ex l.si cui ædes.de leg.3.*ibi, *in vsum alterarū concurrerit atque ita vsui fuerit, namque eo modo alterius ædib.id accedit.ex l.nomen §.1.& ibi Gl.in verbo, consuetudinē.eod.tit.ex l.seruis vrbanis.eod* ibi, *D.cendum est autē quod vrbani intelligendi sint quos paterfa.inter vrbanos adnumerare solitus sit.* Et ꝙ ex vsu & destinatione patrisfamilias ꝓbetur aliquid esse de pertinētiis rei legatæ, ex his legib.& aliis, Doctores nostri passim docuerunt, id notat primo Tiraq.*de retract consang.§.36.Gl.3.n. 4.* & ante eū Bart. *in l si se.nus plur.um.§ numerus.de leg.1.& clarius in l cum tertiū.ff.de vino, tritico & oleo leg.*Ruin.*in conf.71 li.2.*Cęphal.*in conf.144.n.17.lib.1.*Menoch. citans alios *consil. 140.n.24.*Simon Prætus *de interpret. vltim.volunt.lib.4. dubitat.7.nu.39.*Bursat *in conf.2.n.49.lib.1.* vbi alios citat And.Geil *lib.2.obs.62.n.4.*Porro quoties inquit de pertinentiis disputatio vel controuersia incidit, vtrū talis fundus, villa aut pagus sit pertinens alicuius castri, inprimis & ante omnia destinatio patrisfamilias attendi debet, vtrum nimirum talem fundū aut pagum ad castrum destinauerit, an eo vsus sit, opera & seruitiis rusticōrum atque subditorum suorum: nostra enim destinatione fundorum nomina & domus, nō natura constituuntur, allegat leges superius à nobis allatas, & alia multa.

Tertium argumentum est ꝙ sumitur eo in facto præsupposito, ꝙ scilicet vno eodemq; titulo testator & Hofmarchias & bona feudalia acquisiuerit. Tunc enim appellatione pertinentiarū continentur. Nam licet cōtrouersia sit inter Dd. vtrum concesso vel legato castro vel domo cum pertinentiis, veniant prædia, possessiones, molendina, & similia bona particularia, quæ vna cum castro possidentur ab eo qui concessit vel legauit: aliquibus affirmantibus contineri, aliquibus vero id negantibus, hæc tamen distinctio recepta est, & iuri consona videtur, vt si vno & eodem

eodem titulo acquisita sit domus, siue castrum simul cum aliis bonis, tunc illa etiam contineantur, *argumento l.prædiis.§.qui domum.de leg.3 illis verbis. appellatione domus insulam quoque iunctam domui videri legatum.* si vno precio cum domo comparata fuisset, & ratio est,

10 quia tunc † prædia & alia similia videntur accedere castro & eodem iure censeri cum ipso castro, ac proinde pertinere ad ipsum castrum, ita omnium primus docuit Baldus *in c. 1 de Capitaneo, qui curtam vendidit.num. 10.vers.sed Ioan. Andr* Franciscus Aretin. *ad l. 3. num.10 ff.de acquir.poss. ff.* Socin. iun. *in cons. 160. nu. 52. lib 2* Gabrielius *lib 6.comm.concl.tit.de verb.sign.conclus. 10.num 12.vers concorda* Berous *in cons.5. lib.2.* Cæphal. *in cons.3 num. 45. 46.& 47. lib. 1.* Crauetta *in cons. 345. num. 0 lib.1.* vbi citat Angelum & Paulum Castrens. *in l.Olympico ff de ser.vrban.præd.* & Decium *in cons. 109. col 2.vers.tertio facit.*

Nunc superest, vt argumentis in contrarium à nobis allatis respondeamus.

Ad primum itaq; respondemus, testatorem satis posse dici expressisse etiã bona feudalia sub nomine pertinentiarum, vt supra deductũ est, præsertim cum dixerit sicut illas possedit & eis vsus & fruitus fuit: dicta vero bona feudalia tanq̃ pertinentia possederit. Et quãdo testator aliquid exprimit saltẽ verbis ge-

21 neralibus † non habet locum regula. *l. vnic. §.sin autem ad desuscentes.C.de cad.tollen.* & declarat Crauetta *in cons.297 col. antepen.* Menoch. *d cons.140.num. 16. lib.2.* Nam, vt supra etiã diximus illud satis dicitur expressum quod ex vi & generalitate verborũ colligitur. *l. Gallus § quidam recte.ff.de lib.& posthu.* Cæphal. *in consil. 140 num.30 lib.1.& in cons.74 num.20 & 8 num.75. & 133 num.8* & alibi vbi multos alios citat Crauetta *in cons.149.n. 1 & 257.n.6.*

Ad secundum respondeo, legata quidem stricte interpretanda esse, & heredem grauatum minus præsumi à testatore quoad eius fieri potest, sed cum verba legati sunt generalia, vt hoc in casu cum earum pertinentiis, prout testator vsus & fruitus fuit,

22 certe non potest fieri stricta † interpretatio, vt dicebat in simili Crauet. *in cons.297 n. 3. vers secundo principaliter* præsertim quia factum est personæ cui testator affectionem habebat, vt per Crauettã vbi supra, *post num. 7.vers.non obstat tertium.* Denique illud argumentum procedit in dubio, vt etiam loquuntur leges allegatæ, sed hoc in casu res videtur clara ex legibus nostris & communi Dd. interpretatione, vt dictum est supra.

Ad tertium respondeo regulariter quidem pertinentias castri esse iurisdictionem & non prædia, & bona particularia, sed hæc regula non habet locum in duobus casibus. Primus est quando apparet ex vsu vel cõsuetudine testatoris, quæ nam essent pertinentiæ, tunc enim etiam alia bona particularia dicuntur esse ex pertinentiis, vt supra late demonstrauimus. Secundus casus est, ex communi Dd. sententia & interpretatione, quando bona particularia simul cum castro acquisita fuere & sic eodem titulo & tempore empta sunt, & vno precio simul cum castro. Quod si in præsenti casu accideret tunc res erit posita extra omnem dubitationem.

Ad vltimum argumentum ex Dd. authoritatibus petitum respondemus. Primo authores authoribus opponendo, qui scilicet contrarium responderunt. Secundo eos qui in argumento adferuntur non loqui, quando ex vsu patrisfamilias bona particularia erant ex pertinẽtibus castri. Tertio, non loqui quando vno precio & vno eodemque titulo acquisierit.

Postremo, non loqui quando sunt illæ circumstantiæ, de quibus in specie hac nostra. Cum videlicet testator legauit domus cum earum pertinentiis, prout ipse illis vsus & fruitus est. Tunc enim si testator illis est vsus vna cum prædiis & aliis bonis feudalibus, tanquam ad eas pertinentibus, certum est etiam bona ipsa feudalia legato contineri: ex dictis supra.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Illustr. Dominis V. patriciis A.

ARGUMENTUM CONSILII LXVI.

Filiosam. patria potestate liberato ob matrimonium contractum ex consuetudine Augustanæ Ciuitatis, vtrum pater vsumfructum amittat bonorum maternorum filii & de vi & efficacia quorundam pactorum dotalium.

SUMMARIA.

1 *Pater in præmium emancipationis habet dimidiam partem vsusfructus bonorum filii.*
2 *Cessante causa cessat effectus.*
3 *Filiusfam. alienare non potest bona in quib. pater vsumfructum habet.*
4 *Pater monachus effectus amittit vsumfructum bonorum filii.*
5 *Pater amittit vsumfructum bonorum filii patria potestate liberati per matrimonium contractum, stante consuetudine.*
6 *Mater vsumfructum habet bonorum filii primi matrimonii, si transeat ad secunda vota.*
7 *Actio de dote transit ad filios, tanquam heredes matris.*
8 *Vsusfructus semel quæsitus patri, non amittitur soluta patria potestate.*
9 *Contra ibi.*
10 *Sed prior sententia defenditur.*
11 *Filia habet heredem in dote profectitia.*
12 *Pacta seruanda quibus secundæ nuptiæ impediuntur.*
13 *Pacta transeunt ad heredes, nisi personalia sint.*
14 *Transactione vnius alter non læditur.*
15 *Quod nostrum est, sine facto nostro nobis non aufertur.*
16 *Nec debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.*
17 *Pater transigere nequit de re filiorum, quos in potestatẽ non habet.*
18 *Transactio matris non nocet filiis.*
19 *Tutori non licet remittere iura pupillorum.*
20 *Mater quæ tutrix non est administrandi bona filii, ius non habet.*
21 *Bonæ fidei dicitur qui putauit eum, qui contraxit potestatem habuisse contrahendi.*
22 *Malæ fidei est scientia propriæ obligationis.*
23 *Cessat præscriptio ob malam fidem.*
24 *Præscriptio longissimi temporis, non habet locum vbi constat de vitioso initio.*
25 *Et propterea habens titulum vitiosum; non debet illum producere.*
26 *Mater tutrix non potest administrare, nisi prius solennibus adimpletis.*

27 *Quod nomine nostro gestum non est, ratum à nobis haberi non potest.*
28 *Præscriptio non currit aduersus eum, qui est in patria potestate.*

Christi nomine inuocato.

QVod responsum est à clariss. & consultiss. viro D. Maximiliano Mayr, I.V. Doctore, nobis, iuri & rationi consentaneum videtur, nempe præsupposita cõsuetudine A. Ciuitatis, quod filius vxorem ducens patre viuente à patria potestate liberetur D. C. V. seniorem ac patrem D. C. iunioris vsumfructum bonorum dotalium primæ suæ vxoris, ac matris dicti D. C. iunioris amisisse, ex eo tempore, quo ipse D. iunior vxorem duxit. Nec non eundem D. C. seniorem propter transitum ad secundas nuptias vigore pactorum dotalium 3. Ianuarii, anno 1541. cum supradicti D. C. iunioris matre, eademque vxore sua priore initorum restituere debere, atque debuisse omnia bona materna, etiam illa, quæ vxori per donationem Morgengab/dedit, & fructus post vxoris mortem perceptos secundum modum, & formam, quæ in dictis pactis latius continetur: non obstante vltimo pacto 1553. mense Septembris inito, inter eundem D. C. seniorem, & D. B. eius patrem ex vna & D. R. auiam maternam, ac D. I. H. auunculum liberorum dicti D. C. senioris ex altera.

Hoc, vt dicebamus, responsum nobis probatur, & quoniam rogati sumus decisiue, vt loquuntur, procedendo, omissis in vtramq; partem argumentis pro eiusdem responsi approbatione, & confirmatione si iuri consentaneum nobis videretur illud approbare ac nostra subscriptione communire, ideo breuiter huc adferemus argumenta, quæ nos in hanc sententiam impulerunt, & simul obiectionibus, quæ fieri possunt, occurremus.

Vt igitur ordine procedamus prius de priori articulo verba faciemus, deinde de posteriori. Prior autem articulus est an præsupposita dicta consuetudine Ciuitatis A. quod filiusfam. vxorem ducens patre viuente patria potestate liberetur: D. C. senior vsumfructum dictæ dotis maternæ amiserit. Ad hũc igitur articulum quod attinet respõdemus D. C. seniorem, ac patrem d. D. C. iunioris vsumfructum amisisse dotis maternæ propter nuptias d. D. C. eius filii, ex quibus liberatus esse à patria potestate vigore dictæ A. consuetudinis intelligitur. Hoc autem iuri & rationi consentaneum esse planum facimus.

Pater vsumfructum, quẽ ratione patriæ potestatis habet bonorum, quorum filius est dominus, sublata patria potestate amittit (& loquimur quando patria potestas soluitur alio modo, quam per emãcipationem factam ab ipso patre, tunc enim in præmium
1 emãcipationis † habet dimidiam partẽ vsumfructus. *ex l. cum oportet. § cum aut. C. de bonis, q. a liber.*) Sed pater ratione patriæ potestatis vsumfructum habet dotis maternæ filiorũ quando vxor ipsius mortua est, eademq; mater filiorũ, & sic matrimoniũ vxoris morte solutum est, & ad ipsos filios spectat dos quantum ad dominium. Ergo talem vsumfructũ pater amittit sublata patria potestate aliter quã per emancipationẽ, puta per nuptias contractas ab ipso filio, quo casu vigore consuetudinis Ciuitatis A. patria potestas dicitur esse sublata, & filius sui iuris esse, & pro patrefamilias haberi intelligitur. Huius argumenti propo-
2 sitio p̃batur primo ex generali iuris regula, † cessante causa cessat effectus. *l. 3. ff. de iure dot. l. adigere. § quãuis. ff. de iure patron. c. cum cessante. de appell.* & latissime Tiraq. *in tr. cessante causa cessat effectus.* Cum igitur patria potestas causa sit vsusfructus patris, & illa cessat, meritò cessat etiam effectus, & sic vsusfructus amittitur, qui ex ea oritur.

Secundo, quia cũ filius liberatus est à patria potestate ac sui iuris effectus ex eo q̃ vxorem duxit tunc pro patrefamilias habetur, quare nõ est rationi consentaneũ, vt eius pater perinde bonorũ morũ vsumfructum retineat, atq; si esset in eius potestate, sicut enim ipse est iã sui iuris effectus, ita bona sua integro ac pleno iure habere debet, & quantũ ad proprietatẽ, & quantum ad vsumfructum. Idq; videtur esse legib. consentaneum. Nam si pater deberet etiã sublata patria potestate vsumfructũ habere, tunc maxime illi vsusfructus deberetur, cũ ipse pater filiũ emancipando author est ipsius liberationis, & tamẽ non habet, sed in præmium duntaxat partẽ dimidiam loco tertiæ bonorũ partis, q̃ olim habebat ex l. Constantiniana, *vt in d. l. cũ oportet. § cũ autẽ. C. de bonis quæ lib.* Et antea secundum Theodos. *l. 3. C. de bonis mater.* pater emancipato filio omni cõmodo erat destitutus, nec retinebat vsumfructũ bonorũ maternorum, sed virilẽ duntaxat portionẽ vna cũ aliis filiis ipsius vsusfructus obtinebat. Hinc Iustinianus *in d. l. cum oportet. in princ.* eorum vsusfructus (inquit) apud patrem vel auum, vel proauum quorum in sacris sit constitutus permaneat, quibus verbis indicare videtur vsumfructum permanere si sit in patria potestate filius.

Tertio, nã si pater vsumfructũ haberet bonorũ filii sui iuris effecti, nõ liceret filio ea bona sine consensu patris obligare vel alienare, *argum. l. qui vlt. § filiis autẽ fam. C. de bonis quæ liber.* & sic filius † quodãmodo rediret 3 in patriã potestatem, vtpote de rebus suis non valens disponere sine patris consensu, non posset libere, & tanquam paterfam. cõtrahere, & sua obligare bona, & quodã modo contrahentes deciperentur, qui eum pro patrefam. reputantes nullũ exigerent patris consensum. Hæc autem absurda esse videntur, & à legib. nostris, ac iuris, & æquitatis ratione longe aliena.

Quarto probatur argumento sumpto ex Dd. authoritate, qui docuerunt patrem monachum effectum & religionem professum, licet capacem bonorum in communi, vsumfruct. quem habebat in bonis filii ideo amittere, quia per illam professionẽ factam religionis † in potestatem superioris redactus, filium 4 desinit in potestate habere, & sic cessante patria potestate, quę erat causa vsusfruct. cessare etiam vsusfruct. debet, ita olim docuit Mart. Siliman. vt posteriores testantur, & Salyc. *in auth. idem est. C. de bonis quæ liberis. & in auth. ingressi. C. de Sacrosanct. eccl.* & eodem in loco Ias. *in vlt. col.* Cyn. & Alber. *in d. auth. idem est.* Hippol. Marsil. *sing. 668* Couar. *in c. 2. n. 8. de testam.*

Postremo probatur eorum authoritate, qui in hac ipsa specie, qua de agitur, responderunt patrẽ vsumfruct. amittere bonorum filii, qui ex cõsuetudine vel statuto ciuitatis p contractum matrimonium liberatur † patria potestate, si tñ filius patre cõsentiente (vt 5 in casu nostro) illud contraxerit. Ita respondit Boer. *dec. 197. n. 6. 7. 8.* Cephal. *in cons. 23. n. 54. li. 3.* & sic quotidie in Saxon. obseruari, testis est Io. Schneidevvin. *in tit. de patria potestate. nu. 47.* & ibi Wesemb. *in addit.* sic & Pinell. *ad l. 1. part. 1. C. de bonis mater. nu. 39.* testatur filio coniugato, secundum leges Regias patria potestate liberato, patris vsumfructum cessare.

Non obstat supradictis primo si obiciatur matrem vsumfructum † retinere bonorum, quæ acquisiuit ex 6 primo viro, vel ex successione filiorum primi matrimonii. *l. fœminæ. C. de secund. nupt.* & tamen constat eam liberos in potestate non habere, ex quo argumẽtum

sumi

sumi videtur vsusfructus acquisitionem ac detentionem ex potestate patris non pendere.

Nam facile respondetur, matrē scil. vsumfructum retinere bonorum, quæ à primo viro acquisierit, vel ex filiorū primi matrimonii successione, hoc videlic. modo, ꝙ ex proprietaria efficiatur vsufructuaria, *vt in d. l. fœmina.* & ille vsusfructus, quem retinet secundo nubēs, nil cōmune habet cum potestate in filios, nec ab ea pendet, sed est pars dominii pleni, ꝙ mater habuit ex successione filiorū, vel ex lucris nuptialib. & quo ꝑpter transitum ad secundas ita priuatur, vt dūtaxat vsumfruct. in dies vitæ suæ retinere possit. Quare ille casus longe diuersus est, & alienus ab hoc nostro, in quo pater soluto matrimonio per mortē vxoris non habet dominium dotis maternę filiorum, sed vsumfructum tantum, *vt in l. 1. C. de bonis mater. & in l. cum oportet. C. de bonis quæ lib.* & hoc rōe patriæ potestatis.
7 Actio † enim de dote soluto matrimonio p mortem vxoris transit ad filios, tanquam heredes matris, *l. vn. §. illo procul dubio. C. de rei vxo. act.* & latius infra dicetur. Quare dominium ipsius dotis ad filios ptinet. Consequenter quicquid iuris pater habet ratione vsusfructus, in d. dote materna filiorum, illud ex patria potestate oritur.

Secundo non obstat, si dicatur vsumfructū semel
8 patri acquisitum † non amitti soluta patria potestate morte filii. *l. vlt. C. ad Tertul. l. 3. C. de vsufr.* & consequenter etiam cessante patria potestate vsumfr. non cessāre, quoniam lōge differt ille casus ab hoc nostro, quo videl. filius non est mortuus, sed viuit, & sui iuris est, qui cum pro patrefam. habendus sit, & sua bona iam administrare debeat, seque & sua gubernare, iuri etiam, rationi, & æquitati conuenit, vt suis bonis vti, ac frui possit ac debeat.

Tertio non obstat, si obiiciatur eorum authoritas, qui dixerunt, filio liberato à patria potestate propter aliquam qualitatem, vtputa, propter patriciatus honorem vel episcopalem dignitatem, *iux. § filiusfamil. in instit. quib. mod. ius patriæ potest. solu. & auth. sed episcopa-*
9 *lis. C. de Episcop. and.* non tamen patrem † vsumfructum bonorum eius amittere, vt refert Pinellus *ad l. 1. Cod. de bonis matern. in prima parte num. 42.* & Ascanius Clemens *de patria potestate. cap. 6. effectu 2. num. 34.* Nam respondemus illos Doctores nulla firma iuris ratione niti, & confutari ex superius deductis posse, & eis præferendos esse alios, qui contrarium asseuerando melioribus rationibus nituntur, eorum enim fundamentum est *in l. vlt. C. ad Tertul.* quæ loquitur, qñ soluta est patria potestas morte filii, q casus differt ab hoc nostro, & in quodam pronunciato, quod cessante causa non cesset effectus, quando iam est consummatus & perfectus, quod in specie ista, si locum haberet, sequeretur patrem totum vsumfructum retinere, etiam filio emancipato quod est falsum.

Ex his argumenti nostri propositio satis videtur firmata, nunc ad assumptionem probandam accedamus. Illa vero hoc continet patrem ratione patriæ potestatis vsumfructum habere dotis maternæ filiorum suorum, cum vxor eademq; mater est mortua.

Hoc igitur probatur: nam aut pater vsumfructum habet bonorum dotalium vxore mortua, ex pacto dorali, vel ex statuto ita disponente, aut iure patriæ potestatis, quam habet in filium, qui Dominus esse intelligitur dotis maternæ matre iam defuncta, neq; enim tertius aliquis modus inueniri potest, quo pater vsumfructum istum habeat.

Sed pater illum non habet vigore statuti: ergo habet iure patriæ potestatis.

Nam hic nullum præsupponitur esse pactū huiusmodi dotale, quo vir mortua vxore liberis extantib: dotem lucretur, nullumq; statutum, quod marito lucrum dotis, vxore præmoriente deferat: ergo ex iure communi illud habere debet. Quantum vero ad ius commune attinet, certum est, quod soluto matrimonio dos pertinet ad filios, tanquam heredes matris ab intestato, non ex consuetudine Marti. duntaxat, quæ in dubium vocari solet, quando extat pater, à quo dos est profecta, vt notat *in l. dos à patre. Cod. solut. matrim.* qui noster casus non est, quia vxoris pater erat mortuus.

Sed de iure etiam, quia prima causa successionis est liberorum, *vt in Nouell. de hered. ab intest. venien.*

Et quod ad rem nostram attinet est text. expressus *in l. vna. §. illo proculdubio. C. de rei vxor. act.* vbi Iustin. ita dicit illo proculdubio in ex stipulatu actione † ser- 10
uando, vt si decesserit mulier constante matrimonio dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionib. sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum suam naturam transmittatur, siue expressa fuerit, siue ex hac lege inesse intelligatur.

Ex quibus verbis perspicuum est, dotem vxore mortua ad eius heredes pertinere, & ii proculdubio sunt præ cęteris omnibus filii, quorum causa potior est in successione, vt dictum est, & quod filia heredem habeat † in dote profectitia, quæ in eam est 11
consolidata morte patris vel aliter, sicut hic tradit Baldus, Nouellus *de dote. parte 8. priuil. 9. 10.* & id præsupponunt omnes, qui dixerunt dotem, non ad patrem, sed ad liberos pertinere filia mortua in matrimonio, quia scilicet illis æquum visum est, filios matri in dote succedere, quæ dicitur proprium eius patrimonium, vt videri licet ex Socino Iunior. *in consilio trigesimo quinto libro primo.* & aliis, quos adfert Antoninus Thessaurus *decis. Pedemont. 190. nu. 4. vers. contrariam.*

Cum igitur iure proprio pater non habeat post vxoris mortem dotalia bona, quia illa pertinent ad liberos, tanquam heredes matris, sequitur dicendum ipsum patrem vsumfructū, quem in illis bonis habet iure patriæ potestatis habere, & sic legē Constantini, scil. *l. 1. Cod. de bonis mater.* quæ generaliter loquitur de bonis maternis, & ad patrem vsumfructum pertinere, statuit accipiendam esse de omnib. bonis maternis, et dotalibus, quę scil. ex successione matris, vel ex testamento, vel ab intestato fuerint ad filios deuoluta, & similiter accipienda *l. 4. C. eod. tit.* q patri vsumfructum tribuit bonorum maternorum licet ad secundas nuptias transiuerit, sunt leges istæ accipiendę de omnib. bonis maternis, & sic etiam de dote, præsertim, quia bona materna, vt plurimum in dote cōsistunt, vt dicebat Anton. Thess. *loco proxime citato.*

Constat autem inter omnes eiusmodi vsumfructum ex patria potestate procedere, & patri competere, cum filii sunt in eius potestate constituti. *l. cum oportet. C. de bonis, quæ liberis.*

Ex his probatā esse nostri argumenti assumptionē existimamus, atq; ideo nihil proponi putamus, quin cōclusio locū habeat, ꝙ videl. D. C. Sen. vsumfr. amiserit dotis maternę, ex eo tēpore, ꝙ D. C. Iun. matrimi. contraxit, per ꝙ solutus eiusdē potestate intelligitur.

Sequitur secundus artic. de pactis dotalib. in quo similiter probamus sententiam Clar. D. Consult. qui erudite & copiose respondit. Fundamentum aūt nostrum est, ꝙ dubitari non possit, quin talia pacta de iure valeant inter cōiuges, vt si alter soluto matrimonio ad secundas nuptias transierit, amittat dotem

datam, & vsumfructum eius; licet enim conditiones, quæ nuptias prohibent in virgine, tã viro quam
11 fœmina, reprobentur, & etiam nuptiis † contractis debeatur, quod sub conditione nuptiarum non contrahendarum relictum est, *l. 2. & 3. de indicta vidui. toll.* tamen ad impediendas secundas nuptias inter viduos valent & seruandæ sunt, vt habetur *in Nouell. Iustinian. de nuptiis. § si vero ex qua sumitur auth. quod locum. C. si mulier secundo nupserit. & in §. qua vero nunc. eadẽ Nouell. ex qua sumpta est Auth. cui relictum. C. de indicta viduitate toll. ind.*

Cum igitur talia pacta de iure subsistant & valeãt, dubium non est, quin etiam ad heredes paciscẽtium transeant, & sic D. C. Iun. heredi matris suæ defunctę ex d. pactis ius quęsitum sit, & actio, si verborũ obligatio subsecuta est, vel saltem pscriptis verbis, *iuxta l. legem. C. de pactis* Nam actiones quæ ex pactis & stipulationibus descendunt, non solum paciscentibus ipsis prosunt & accommodantur, verum etiam heredibus
13 ipsorum † paciscentium, nisi sint personalia. *l. si pactũ. ff. de probat. l. veterũ. C. de contrah. & commit. stipul.* si enim tibi aliquid promitto, heredi quoq; tuo videor promisisse. *l. si ut. § pen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* & q conuentiones & pacta ad heredes transeant, perspicuum est, ex *l. 1. C. de pactis inter empt. & vend. ex l. viam veritatis. C. loca.* Abbas Panor. *in cap. vlt. in prima not. de arbitr.* latissime Ias. *in cons. 115. col. 3.*

Cum igitur & pacta valeant, de quibus agitur, & ex eis ius quęsitum sit D. C. Iun. heredi matris suę defunctæ; sequitur illud ius eidem auferri non potuisse per posterius pactum, absq; eius consensu factum, à D. R. eius auia materna, & auunculo. Neq; enim pri-
14 uatis pactionibus inter alios † factis ius aliorum lædi potest *l. Imperatores. ff. de transact.* vbi Scæuola, secundũ ea quæ proponebantur, respondit, trãsactione vnius alterum nõ lædi, quia neq; cum eo ipse transigit, neq; negotium Septitii Mæuius gerens accepit. Idem habetur *in l. si vnus. § ante omnia ff. de pact.* & ratio est, quia
15 id quod † nostrum est sine facto nostro à nobis auferri
16 ri non potest. *l. id quod nostrum ff de reg. iur.* Nec † debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l. non debet.*
17 *eod. tit.* Et ideo de re filiorum † quos in potestate parens non habet, transigere non potest. *l. de re filiorum.*
18 *ff. de transact.* Et de transactione matris, quod † nõ noceat filius, est text. *in l. transactione matris. C. eod. tit.* imo nec pater, qui est legitimus administrator, potest in bonis maternis filio suo præiudicare ea alienando, aut donando, aut distrahendo. *l. 1. C. de bonis matern.* & tradunt Bald. *cons. 157. nulla mulier libr. 1 & 331. quadam puella. libr. 3.* Tiber. Decian. *in consil. 23. numer. 94. & 97. libr. 1.*

Ex his itaq; inferendo ad propositum casum, dicimus, posterius illud pactum quod fecit D. R. auia, non valere in præiudicium D. C. iunioris. Aut enim illa id fecit tanquam tutrix dicti D. C. & non potuit id facere, quia non licet tutoribus & curatoribus re-
19 mittere † ius pupillorum *l. pactum curatoru. C. de pactis.* cum aliis allegatis docte & copiose, à doctissimo Dn. Consulente. Aut non fecit tanquam tutrix, & tunc multo minus præiudicare potuit, quia vt dictum est pactionibus inter alios factis non possunt alii prægra-
20 uari ac lædi, & mater quæ † tutrix non est (multo minus auia) ius administrandi bona filii non habet. *l. si filia. ff. de solut.* Alexan. *in cons. 37. col. 1. lib. 3.* Crauet. *in cons. 39. num 6.*

Non obstat si dicatur illud posterius pactũ factum fuisse Anno 1553. primum autem pactum An. 1541. & sic longissimũ tempus iam pręterisse, ex quo videtur omnis actio quæ competebat præscriptione sublata, & pręsumptio oriri, quod illud pactum posterius approbatum, & ratificatum fuerit à Dn. C. Iunior. aut certe eius vigore Dominum C. Seniorem in bona fide fuisse, præsertim quia bona fides præsumitur, & ea præsumptio ex tanti temporis lapsu magis confirmatur: & deniq; bonæ fidei is dicitur, qui putauit eum, cum † quo contraxit potestatem habuisse con- 21
trahendi, puta tutorem vel procuratorem esse. *l. bonæ fidei. ff. de verb. signif.*

Nam singulis obiectionibus ita respondemus, q D. C. Senior non potuerit præscribere, & pręscriptionis exceptione se tueri aduersus actionẽ competentem ex priori pacto. Et hoc propter malam fidẽ, nam cum ille esset † conscius proprię obligationis, & pacta 22
inita non ignoraret, dicitur fuisse in mala fide. *c. si virgo 34. qu. 12.* Bart. *in l. Celsus num. 18 ff. de vsuc.* Alex *in l. Pomponius § cum quis nu. 12. ff. de acq. poss.* Menoch. *de arbitr. ca'u 125. nu. 8.* Consequenter præscriptio pcedere non † potest ex iure Canon. *c. vlt. de præscript.* quod sine 23
dubio obseruari debet, etiam in foro ciuili, quia de peccato agitur, vt notant ibi omnes Dd.

Quod vero dicebatur ex lapsu tanti temporis pactum illud posterius confirmari nõ obstat, quia hoc haberet locum, si essemus in dubio, alias si clare constaret de initio vitioso actus non confirmatur, etiam ex † longissimi temporis lapsu, vt late Alciat. de ducit 24
in cons. 164. nu. 8. vers. non obstat. & latissime Mascard. *de probationib. vol. 3. conclus. 1371. n. 63.* & propterea qui habet titulum vitiosum non † debet illum producere, 25
si prætendat se præscripsisse mediante temporis antiquitate, vt dixit Paris. *cons. 27. nu. 119. li. 1.* Etenim titulus vitiosus & nullus, malam fidem parit, & ideo pręscriptionem impedit, secũdum communem sententiam, vt per Felin. *in c. de quanta. col. 11. vers. limita tertio. de præscript.* Curt. Iun. *cons. 23. nu. 20. lib. 1.*

Deniq; non obstat, quod dicebatur in bona fide fuisse Dn. C. Senior. quia fecit pactum posterius cum D. R. auia dicti D. C. cui secundum leges defertur tutela. *Auth. matri & auiæ. Cod. quando mul. tutelæ offi. fung. poss.* quia respondetur eam non fecisse illud pactum tanquam tutricem, & vt tutricem non potuisse administrare, nisi prius † solennibus adimpletis, de qui- 26
bus *in d. Auth. matri & auiæ.* & inuentario confecto. *l. vlt. C. arb. tutelæ* & dato, quod omnia fecisset, & solemnia impleuisset, non poterat ius pupilli remittere, *l. pactum curatoru. C. de pactis.* & consequenter non excusari d. Dn. C. in mala fide, ex traditis per Alciatum *in dict. consil. 164. numer. 89.* Borguin. *de tutore & curatore. num. 33.*

Et cum D. R. & dict. auunculus non fecerit illud pactum vltimum nomine Dn. C. Iunioris, non potest dici, quod Dn. C. illud ratificauerit ex lapsu tanti temporis, quoniam quod nomine † nostro ge- 27
stum non est, ratum haberi non potest. *cap. ratum. de reg. iur. lib. 6. cum aliis vulg.*

Præterea donec Dn. C. Iunior fuit in patris potestate, non † potuit contra eum præscriptio currere. 28
leg. prima §. ne autem. Codic. annali exceptione. leg. quarta. §. vltim. Codic. de bonis quæ lib. fuit autem in potestate patris, vsque ad tempus quo vxorem duxit Anno 1571. & sic totum illud tempus subducendum est, & eo subducto, non remanet tempus triginta annorum sufficiens ad præscribendam actionem, *iuxta l. sicut. & leg. omnes. Codic. de præscript. 30. vel quadraginta annorum.*

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro

Pro mercatore Norico.

ARGVMENTVM CONSILII LXVII.

De eo qui causam dedit damni, an & quando teneatur & conueniri possit.

SVMMARIA.

1 *Qui causam damni dat, damnum dedisse videtur.*
2 *Captus pro repressaliis damna petere potest ab eo, qui fuit causa, vt repressaliæ concederentur.*
3 *Instigator & sollicitator tenetur ad damna & expensas.*
4 *Testis falsus tenetur ad damni emendationem.*
5 *Arrestans iniuste agit ad damna.*
6 *Acta inter alios aliis non nocent nec prosunt.*
7 *Dolus non præsumitur, sed error.*
8 *Error potius præsumitur, quam falsum.*
9 *Forum quis sortitur multis modis.*
10 *Delinquens punitur in loco delicti.*
11 *Actore non probante reus absoluitur.*
12 *Confessio in epistola, an probet in fauorem tertii absentis.*
13 *Testis in causa propria non probat.*
14 *Comminationes & interlocutiones non habent vim rei iudicatæ.*
15 *Idem.*
16 *Iudicis testimonio quanta fides adhibenda.*
17 *Transactio super crimine quale indicium sit.*
18 *Quilibet renunciare potest fauori suo.*
19 *Testes puniri possunt à iudice, coram quo deponunt falsum.*
20 *Opponens contra testes, quod sint infames, &c. an teneatur actione iniuriarum.*
21 *Testes de auditu regulariter non probant.*
22 *An præsumptionem faciant.*
23 *De eodem.*
24 *Qui causam damni dat, quando teneatur, & quando non.*
25 *Effectus attribuitur causæ proximæ.*
26 *Causa proxima & immediata attendi debet.*
27 *Ratificatio, quando mandato æquiparetur.*
28 *Testimonium iudicis non valet in ea causa, in qua iudicauit.*
29 *Iuramento quandoq; causas decidi.*

Species facti.

LIs orta est, & in iudicium deducta in ciuitate Genuæ, inter Gubernatorem, & emptores vectigalium ibi ex vna, & Io. Mariam Wertoman Hortens. Beccaria & Camillum Pestaluzium, litis consortes mercatores, de Pluri & Clauena locis subditis dominio & iurisdictioni ciuitatis Curiæ trium ligarum, seu vt dicitur Grixonum ex altera, super eo, num ciuitas de Pluri & Clauena sit in Germania sita, ad effectum, vt dicti mercatores tanquam Germani in teloniis & vectigalibus frui debeant priuilegiis Germanorum.

In ea lite supradicti vectigalium emptores produxerũt aliquos testes Germanos, & inter cæteros Andream Vogt ciuem Noricum, tunc temporis Genuæ commorantem, qui iuratus deposuit, d. mercatores de Pluri & Clauena non haberi pro Germanis, nec dicta loca in Germaniæ partibus sita esse, cuius suæ depositionis alios etiam habuit contestes.

Quamobrem Petrus Antonius Beccaria, & litis consortes comparuerunt coram dictorum Dominorum Grixonum deputatis, qui in dicta ciuitate Curiç congregati erant, & conquesti sunt, se non posse gaudere Genuæ priuilegiis Germanorum circa telonia, & eos rogarunt, vt eam ob causam illas literas darẽt ad remp. Genuensem, in quibus eorum causa commendaretur, & literæ eisdem datæ fuere tres diuersis temporibus.

Cum autem Anno 1588. quo tempore adhuc lis illa Genuæ pendebat, vnus ex dictis testibus nimirum d. Andreas Vogt transisset Clauenam, statim à Commissario seu Iudice loci nulla ei causa dicta arrestatus fuit, sed cautione præstita de redeundo, & se sistendo, si vocatus esset sub pœna 400. Coronatorum arresto liberatus fuit.

Et cum postea non rediret, nec se sisteret fideiussores eius coacti sunt pœnam soluere dictorum 400 aureorum, quibus ipse Andreas satisfecit.

Postea lis Genuæ decisa est, contra emptores dictorum vectigalium pro mercatoribus prædictis de Pluri & Clauena, illosq; Germanos esse, & Germanorum priuilegiis gaudere debere, iudicatum est 6. Iunii, Anno 1590.

Andreas Vogt apud Senatum Noricum conqueritur de arresti iniquitate, sibi de facto à Commissario Cleuensi iniuncto, idque ob testimonium in dicta causa Petri Anton. & aliorum consortum contra eos dictum. Et dictos de Beccaria & litis consortes hoc arrestum procurasse, ac proinde petiit eos cogi ad deponendum 400. coronatos apud Argentarium Norimbergæ, vulgo Odeschalco dictum, & vt caueant damnorum nomine quæ ipse Vogt eam ob causam passus est.

Quare Io. Baptist. Beccaria suo & consortum nomine egit contra Andream Vogt, *ex l. diffamari.* & obtinuit. Vnde Andreas Vogt litem instituit, & conuenit iam dictum de Beccaria & consortes suos, petens, eos tanquam dicti arresti authores, causatores & procuratores, ad restituendum dictos 400. coronatos, & ad emendationem damni, quod ex eo iniquo arresto passus fuit, condemnari. Excipiunt illi & negant se arresti illius procuratores fuisse. Testes examinati sunt, & varia documenta hinc inde allata sunt, & ita processus causæ instructus est, vt definitiua sententia expectetur.

Nunc quæritur, an non probatum sit ab actore Andrea Vogt, d. de Beccaria & litis consortes reos, fuisse causatores & authores dicti arresti, ac subinde etiam aliorum damnorum, quæ ob eã causam actor est passus, vt in consequentiam condemnati debeant, iuxta petita per ipsum actorem.

Iesu Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

CArdo huius causæ in eo vertitur, an sufficienter sit probatum ab actore, reos conuentos authores & procuratores dicti arresti fuisse. Nam si id probatum sit sine dubio condemnandi sunt rei ad emendationem damni, iuxta petita per actorem: Est enim hæc verissima iuris regula, & conclusio certissima, qui occasionem damni dat, damnum † dedisse videtur, vt dixit Summus Pontifex Gregorius IX. 1
in cap. vlt. de iniuriis. quod antea responderat Iurisconsultus *in l. qui occidit.* §. *in hac. ff. ad legem Aquil. l. penult. ff. solut. matrimon. l. si merces* §. *culpa l. videamus.* § *vltim. ff. locati. in l. Prætor. n. 2.* §. *vltim. ff. de vi bon. rapt. in leg. nihil interest. ff. ad l. Corn. de sicariis.* Et hanc regulam sæpissime Doctores nostri adferre solent, Iacobus Emilianus *in consil.* 38. *num.* 1. Hippol. Riminal. *in con-*

in consil.118.num.29.lib.2. Marsilius *ad dict.l.nihil interest.ff.ad leg. Cornel. de sicariis.* Ioan.Petr.Surd. *in cons. 12.num.*40.Andr. Geil.*de arrestis Imperii.cap.4.nu.8.& cap.13.num.*8.

Et ideo dixit Bartolus *in l.2.§.item si in facto.circa fi-*
2 *nem.ff.de verb.oblig.*captum pro† repræssaliis quicquid soluit repetere posse, ab eo, qui fuit causa, vt repræssaliæ herent. Sequitur Alexander *ibidem num.* 2. alios citans,& Iason *num.*23.Marsilius *in d.l.nihil interest.nu.* 4.Surdus *d.cons.*12.*num.*40. alios multos refert & sequitur Bursat *in cons.*138.*nu.*64.*lib.* 2.

Et quam plurimorum est sententia, instigatorem
3 & sollicitatorem† iudicis in criminalib.iudiciis condemnandum esse ad damna& expensas, quas iniuste delatus & accusatus passus fuit, quia videlicet author eiusmodi damnorum & expensarum fuerit, Gloss. *in c.cum dilecti.in ver.expensas.de dolo & contum.* Egid Bossius *tit.de accusationib.num.*17. Hippolyt. Riminaldus alios adducens *in cons* 303.*num.*6.Andr.Geil.*lib.*1.*obseru.*152.

Sic etiam ex eodem hoc principio Doctores vo-
4 lunt, testem falsum† condemnandum esse ad emendationem damni, quod propter testimonium falsum alius sensit, quia scil.is, qui testimonium dixit, causa fuerit, vt tradit Corsetus *in singularibus suis, in verb. testis.singul.incipiente.si aliquis. citans pro hac sententia text. in argum.in capit.sicut de testib. & attestatio & in c.1.de custodia Eucharistiæ& Chrism.* Idem tradit Iulius Clarus §. *falsum.vers.pœna autem testis citans Gl.ss in c.presbyterum. in verb.aliam infirmitatem.de hom cid.* vbi similiter Gloss. huius communis regulæ mentionem facit.

Deniq; vt & propius ad rem nostram accedamus,
5 arrestatum iniuste † agere posse contra arrestatorem vel iudicem, non solum ad restitutionem damnorum, interesse,& expensarum, verum etiam actione iniuriarum, docet Andr. Geil. *in tract. de arrestis Imperii. cap.*14.Cuius sententiæ præter ea quæ Geil. adducit, illud videtur esse fundamentum solidum, quod ex communi regula supradicta deducitur. Quia videlicet, qui causam damni dat, damnum dedisse videri,& consequenter teneri, & condemnandum fore, vt dictum est.

Quod autem inique fuerit arrestatus dictus Andreas Vogt, vt in actis,& sic arrestum illud Commissarii Genuensis iniquum fuerit, dubitari non potest.

Primo, quia iustam causam ille arrestandi non habuit.

Secundo, quia nullam habebat potestatem siue iurisdictionem in ipsum Vogtium.

Quod nullam causam habuerit, patet, quia præsupponitur eam ob causam arrestum factum, quia d. Andreas vti testis examinatus Genuæ, deposuit, Dominos supradictos de Beccaria & litis consortes Germanos non fuisse,& pro Germanis non haberi. Nunquam autem in iure auditum est, propter testimonium dictum in aliqua causa quempiam arrestari debere vel puniri, præsertim vero, cum non sponte, sed ex iudicis mandato testimonium dictum est, nisi falsum quis deposuerit, tūc enim propter falsitatem puniri potest. Sed in præsenti casu testimonium Andreæ non constat esse falsum, vt propterea accusari potuerit & puniri Nam deposuit ipse Andreas montem S. Bernardi, qui est in prouincia Dominorum Grisonum, & sub legibus eorum esse circa locum appellatum de Pluri iurisdictionis Heluetiorum, & eam prouinciam separatam esse, ac diuersam à prouincia Teutonica, & pro tali haberi, & tales Grisones non esse Germanos, nec pro Germanis habendos, quia non subsunt legibus Imperii: & causam addidit huius depositionis, dicens, se & alios Germanos litem habere apud officium Sancti Georgii, eosque comparere noluisse, ne Germani vocarentur.

Hæc falsa esse ex actis ad nos missis non constat. Et licet postea sententia lata fuerit in ciuitate Genuę, & in ea pronunciatum, quod dicti Domini de Beccaria, & litis consortes deberent frui & gaudere priuilegiis Germanorum, non tamen inde probatur Andreæ testimonium falsum esse: primo, quia sententia illa lata fuit longe post arrestum factum, videlicet Anno 1590. cum tamen arrestum fuerit factum Anno 1588. Secundo, quia sententia inter alios lata, aliis neq; prodest † neq; nocet, *toto tit. C.res inter alios* 6
acta. Tertio, quia falsitas non committitur sine dolo. *l.nec exemplum. C.ad l. Corn. de falsis* ibi. *Cum non nisi dolo falsum committentes criminis subiugentur.* Doctores *in c.cum Ioannes.de fide instrum* Grammaticus *decis.*60.*nu.* 7.Socinus Iunior *cons.*37.*num* 28 *lib.*2. Menochius *de arbitrariis iudicum.casu* 309 *nu.*1. Clarus *in §. falsum. vers. excusatur.*

Dolus autem † non præsumitur, sed potius error. 7
l.quoties § qui dolo.ff.de probat.Gloss.in c accedens.de crimine fals. Marsilius *cons.*51.*num* 33.Parisius *cons.*169.*num.* 58.*lib.*4. qui scribit per errorem potius † præsumi fa- 8
ctum, quam vt falsum committeretur.Cæphalus *in cons.*535 *num.*51. *libr* 3. bonus textus *in l quoties. §. tantund m.ff.de hered. instit.* Alexander *in consil.*53. *num.*16. *libr.*7.

Alios multos in eandem sententiam citat Mascardus *de probationibus. volu.*2. *con. l.f.*745.*nu* 3.

Quod autem Commissar. & Iudex Genuæ, nullam habuerit in personam dicti Andreæ potestatem ac iurisdictionem, manifestum est, quia ille est ciuis Noricus, & ideo subiectus reipubl. Noricorum. Et cum aliquis secundum iura & Doctores nostros sortiatur forum triplici ex causa, nempe † vel ratione 9
originis, vel ratione domicilii, quod habet in loco, vel ratione delicti in loco commissi: vt late explicat Couarr.*pract.quæst.cap.* 11.*num.* 5. & Clarus § *fin quæst.* 35.*& quæst.*85.& de delinquente puniendo † in loco 10
delicti, *est text. in l.* 1. *& in Auth.qua in prouincia. C vbi de crim. agi oporteat.* Non erat Commissarius ille Genuæ cōpetens iudex nec ratione originis nec ratione domicilii, nec ratione delicti (quanquam nullum erat delictum) quia Andreas Vogt, non deposuit illud testimonium Genuæ, nec ibi domicilium habet, nec inde oriundus est, cum sit ciuis Noricus, vt dictum est: & ideo conueniri debuit coram suo iudice ac magistratu.

Quare ex omni capite iniquum fuit arrestum illud, & ideo, vt dicebamus, actio merito Andreæ competit ad damnorum æstimationem, quæ passus fuit. Sed omnis difficultas in eo est posita, quod actionem instituit contra reos conuentos, tanquam causatores dicti arresti, & ideo probare tenetur eos fuisse dicti arresti causatores. Ex hoc enim sequetur, eos damno causam dedisse & occasionem, & per cōsequens damnum dedisse, & ad eius emendationem teneri.

Cæterum si defecerit in eo actor, quod est intentionis suæ fundamentum, nulli dubium est, quin rei absoluendi sint: Actore enim non † probante reus 11
absoluitur, *l.qui accusare. C.de edendo.l.vlt de iureiur. cap. inter dilectos.de fide instrument.* Et ideo actor quod deducit & adseuerat probare debet, si reus id neget. *l. actor*

alter quod asseuerat. C. de probat. l. 2. l. ab ea parte. ff. eod. tit. latissime præter ordinarios interpretes Mascard. *de probationibus. volum. 1. conclus. 36. actore non probante.*

Igitur hunc articulum nos diligenter examinabimus, an videlicet Andreas Vogt, actor in præsenti iudicio, sufficiēter probauerit, aduersarios reos conuentos authores & causatores seu procuratores fuisse dicti arresti, iniqui Commissarii & iudicis Clauenæ. Et vt nulla ex parte studium hac in re desideretur nostrum, id examen probationum ad duo capita reuocabimus.

Primum erit, an non probatum sit in actis & processu concludenter, & per veras & certas probationes, dictos reos conuentos immediate causatores fuisse, & procuratores dicti arresti, vt dici possint causa proxima fuisse.

Secundo, si nullæ sint certæ & claræ probationes, quod dicti rei conuenti immediate procurauerint arrestum, ita vt causa proxima fuerint ipsius arresti, an saltem ex his, quæ ex actis resultant talem causam & occasionem saltem remotam arresto dedisse videantur, quæ sufficiat, vt condemnari possint ad emendationem, ac restitutionem damnorum, quæ dictus Andreas actor passus est, ob arrestum sæpe dictum.

Quod igitur ad primum attinet, omissa disputatione in vtrāq; partem, quæ in præsenti consultatione inutilis esset, & fortasse confusionem pareret, nec commode etiam adferri potest, respondemus atque concludimus probatum id non esse, quod videlic. rei conuenti actores seu causatores immediati, & tanquam causa proxima apud Commissarium Clauenæ fuerint, arresti huius: quod vt planum faciamus, percurremus singula documenta, & singula quæ ad id probandum ab actore allata sunt.

Primo itaque productas vidimus in actis literas à Petro Antonio & Hortensio Beccaria ad Antonium Pezasulucium scriptas 28. Iunii ex ciuitate Genuæ, Anno 1589. sub N. I. Circa quas literas, omissa disputatione, an confessio quæ in epistola continetur,
12 probet † in fauorem absentis Tertii, contra Scribentem, de qua per Antonium Butrium, Panormitan. & Imolam *in cap. vltim. de confess.* Castrensem *in l. Publia. ff. depos.* Alexand. *in consil. 90. libr. 4.* & alios quorum mentionem facit Antonius Gabrielius *libr. 1. commun. conclus. titul. de confessio. conclusion. 1. numer. 56.* & post eum late Mascardus *volum. 1. de probationibus. conclus. 626. num. 11.* Omissa hac disputatione, vtpote nequaquam necessaria, dicimus, literas prædictas non probare reos conuentos causatores fuisse dicti arresti, quia id in literis non continetur, imo expresse negatur. Sic enim scribit dictus Petrus Antonius, se ... ... quicquam habere negocii & commune cum illo arresto Commissarii, & non fuisse causatores nec authores eius, seaperte excusando. Sed hæc subiicit Andream Vogt scire, quare arrestum illud factum fuerit: Nam merito, inquit, falsi testes sunt puniendi, sed nos non suscepimus hoc negocium: & quod ipse Dn. Antonius ad quem scripsit, in memoriam reuocare posset, quæ illi dixerit de hac depositione testium contra eos facta, & quod illum monere potuisset, ne deponeret, & illi dicere, quod si quid sinistri ei contigisset, id eum promeritum fuisse. Deinde dicit, quod si Domini Grixones scirent, quod dictum esset contra eos, & nos punirent, eos alio modo quam putarent, & se etiam metuere ne aliter puniant. Ex quibus & aliis in dictis literis contentis, nihil plane continetur, ex quo confessio vel aliud testimonium colligi possit d. reos conuentos in causa fuisse memorati arresti.

Secundo animaduertimus in actis responsionem & decretum Senatus Norici 2. Ian. Anno 1591. Nam cum legatus D. Grixonum ad illum Senatum missus, conquereretur de Andr. Vogt, quod testimonium illud dixisset propter quod diffamata eorum natio fuit, ac propterea is à Commissario Clauenæ arrestatus fuisset, & dimissus sub promissione & cautione redeundi, ac proinde instaret & peteret, vt dictus Andreas eo iret ac se sisteret. Respondit Senatus petitionem eorum locum habere non posse; Primo, quia Senatum informasset, se ad testimonium dicendum non vltro accessisse, sed citatum & vocatum, & deposuisse prout ille sciuit. Secundo, quia deberet Andr. conueniri coram ipso Senatu Norico, cuius subditus esset. Et quod ex informatione ipsius Andreæ illud arrestum solum procedat causa ipsorum de Beccaria, quibus propterea Senatum mandare tanquam causatoribus huius controuersiæ, vt eo rem dirigant intra duos menses, vt processus cassetur, & illa tollantur quæ possent bonam amicitiam inter Dominos Grixones & Noricos impedire, & Andreas Vogt & alii ciues liberentur à minis factis. Quod si non fecerint Beccariæ, & sui ciues inde aliquid amplius passi fuerint, tunc Senatus velit iure agere, & remedia contra Beccarias instituere.

Sed ex hoc responso & decreto Senatus, nulla colligitur probatio, quod d. Beccariæ ac litis consortes causatores d. arresti fuerint. Primo quia hoc nō dicit neque continet supra dictum responsum. Secundo quia est res inter alios acta, nempe inter Senatū Noricum & legatum Grixonum, quod propterea aliis nocere non debet nec prodesse, secundum iuris regulas vulgares. Tertio, quia quod Senatus dicit, ipsos Beccarias causatores d. arresti fuisse dicitur ex informatione † ipsius Andr. Vogt actoris. Dictum autem 13
Andr. non probat, quia in causa propria hoc dixit, *l. nullus. ff. de testib. l. omnibus. C. eod.* Et licet Senatus appellauerit d. Beccarias causatores huius controuersiæ, tamen nō infertur eos fuisse causatores arresti, & damni quod d. Andr. passus est: etenim præter arrestum iam factum, alia erat controuersia, quæ tunc agitabatur inter legatum Grixonum & Senatum Noricum, nempe, an Andr. esset ad Commissarium remittendus, vt ibi latius continetur, præterquam quod illa verba Senatus non faciunt ius aliquod nec præiudicium in præsenti causa, in qua id principaliter tractatur ac examinatur, nunquid Beccariæ & alii rei conuenti, dicti arresti, & damnorum inde secutorum causatores extiterint, nec ne.

Nec enim † similes iudicum interlocutiones & 14
comminationes vim obtineant rei iudicatæ, *l. interlocutio. l. programma. C. Comminationes, Epistolas, Programmata, Subscriptiones, authoritatem rei iudicatæ non habere;* Quod enim magno conflictu sentētia decerni solet, id paucis literis non causa cognita descriptis, definiri fas non est, inquit Constant. *in l. vlt. C. eod. tit.*

Tertio in actis productum vidimus ab eodē actore scriptum Senatus Norici, ad Commissarium illum Clauenæ 13. Febr. An. 1591. in quo Senatus Commiss. in memoriam reuocat responsionē datam legato D. Grixonum, & petit vt desistat à processu illo contra Andr. Vogt, contra iuris rationem instituto, & dicit in potestate ipsius non esse compatere, mirariq; eum in Citatione scribere ac diffamare ipsum Andream Vogtium, quasi sciens prudensq; falsum dixerit, & contra laudabiles tres ligas D. Grixonum egerit, quod

quod illi iniuria fiat, prout apparet ex responso suo legato Grixonum dato.

Et idem etiam hoc nomine ab aliis Commissariis Clauenæ suis antecessoribus per Beccarias & litis cōsortes petitum fuisse, & illi tanquam iniustum id esse putarunt. Et quia esset contra iura, cōstitutiones Romani Imperii & priuilegia, coram extraneis Tribunalibus comparere; ideo Senatus velit ei indicatum, quod non comparebit, & vt processum hunc malum suum & irrationabilem cassét. Et si non velit ab eo desistere, Senatum velle damna inde data consequi à causatoribus illis, qui etiam Norimbergæ fruantur commodis, &c.

Sed quod attinet ad hoc scriptum, licet causatores appellentur dicti rei conuenti (de illis enim sine dubio Senatus intellexit) quia tamen id à Senatu causa cognita partibus præsentibus, & seruatis de iure seruandis definitum iudiciali sententia non est, vt supra proxime dicebamus, videtur esse potius quędam Se-
15 natus † comminatio, quam sententia, & ideo rei iudicatæ vim non habet. *l. 1. l. interlocutio. l. pen. l. vet. & toto titul. Cod. comminat. epistolas.* & in terminis de Epistola habetur *in l. 2.* vbi Alexander Imperator scribit, rei iudicatæ effectum non haberi, quod Rector prouinciæ per epistolam iussit.

Nec etiam testimonium hoc Senatus Norici dici potest, quodam modo dictū in hac causa, neq; enim in forma iudiciali aut alio modo legitime hoc deposuit Senatus tanquam testimonium, quod d. rei conuenti causatores fuerint (est enim ipse Senatus Noricus huius causæ iudex) sed hoc tantum comminatus est reis conuentis, in epistola illa ad Commissarium scripta, quia suspicatus est eos fuisse causatores arresti, & omnium inde secutorum, idq; ex informatione proculdubio dict. Andreæ potissimum. Quare non est opus eam disputationem ingredi, an, &
16 quanta sit fides † adhibenda iudicis testimonio, de qua præclare loquitur text. *in capit. cum à nobis. de testibus. in capit. post cessionem. de probationib.* & Doctores *ibi* Iacobus Menoch. *de arbitr. iudic. quæstion. 76. numer. 3.* & post eum Mascardus *de probationib. volum. 2. conclusione 949.*

Quarto loco in actis habetur cōpositio siue transactio facta inter Baptistam Beccariam 20. Febr. anno 1590. & Andream Vogt mediante Martino Hallero quæ manu Halleri scripta à partibus est recognita in qua habetur Dn. Andream actorem ex vna, & Baptistam Beccaria vna cum suis assistentibus ex altera, ita conuenisse, vt quamuis Beccariæ iniuncta fuisset à Senatu Norico quadringentorum coronatorum depositio, quos Vogt soluerat ratione arresti, Beccaria tamen & Werdeman ad Commissarium prędictum Clauenę deberent scribere, eumq; monere, quod nō possit esse simul iudex & pars, item de priuilegiis ciuitatis Noricæ ratione ciuium suorum, & quod nihil deliquerit d. Vogt, in Grixonum ditione, & ideo molestari non potuerit, atq; ita tentare, an intra quatuor vel quinq; septimanas tantum impetrare possent, vt Vogtio remitteretur cautio; quod si impetrari non possit, tunc Beccariæ deponere debeant 400. coronatos in iudicio iuxta Senatus decretum.

Ex quibus argumentum actor colligit d. Beccarias procurasse hoc arrestum, quia si non procurassent, non tentassent hoc à Commissario impetrare.

Sed certe hoc argumentum videtur nobis valde infirmum esse. Nam quod ad compositionē seu trāsactionem attinet, illa nihil obest reis conuentis, nec probat eos fuisse causatores arresti. Etenim cū de hoc lis verteretur inter ipsas partes, & deberent iam ipsi Beccariæ deponere 400. coronatos, omni iure permissum illis erat transigere & conuenire cum aduersario, vt si fieri posset omnis controuersia tolleretur. Et ideo nihil probat illa transactio. Nam & in criminalibus iudiciis, in quibus alias transactio non leue indicium delicti † commissi afferre solet, nul- 17
lum tamen indicium ex ea oritur in illis casibus, in quibus est permissa, quia quod fit lege permittente, nemini præiudicium inferre debet, ita Clarus *in §. fin. quæst. 21. vers. pax seu transactio.* citans Blancum & alios.

Deinde non est facta transactio inter partes super eo, an videlicet ipsi rei conuenti causatores fuerint arresti, sed super eo, vt euitarent decretum Senatus, quo iussi erant 400. coronatos deponere. Ideo transactio super re diuersa non præiudicat, *l. si vnus. § ante omnia ff. de pactis.*

Quod vero attinet ad illud, quod d. Beccaria procurauerit apud Commissarium, vt cautio Actori remitteretur: illud certe argumentum nullius fere est ponderis tū quia illud, quod procurauit, non est impetratum ab eo, ex quo coniectura potius contraria oritur, quod ille arrestum non procurasset: Nam si arrestum ille procurasset, facile etiam impetrare potuisset, vt cautio remitteretur. Quod enim magistratus facit ad partis instantiam, facile etiam reuocare solet † ad 18
eiusdem partis instantiam, quia pars renunciare potest iuri suo. *l. post quam liti C. de pactis.* Tum quia si procurauit cautionis remissionem Beccaria, ergo non fuit causa damni, quod exinde passus fuit actor, siquidem contrarium potius procurauit, nempe, vt cautio remitteretur, qua remissa nō incurrisset actor damnum 400 coronatorum.

Postremo, quia alia potest & quidem probabilis interpretatio fieri huius procurationis factæ, vt cautio actoris remitteretur, illa nimirum, quod ad redimendam litis vexationem & onus illud deponendi 400. coronatos facta fuerit, & propter amicitiam quę erat inter Beccariam & Commissar. ob quam sperabat se id facile impetraturum: adde etiam & propter iustitiam causę. quia videl. ille Commissarius non poterat esse pars & iudex, & nullum crimen cōmiserat actor in ditione sua, quamobrem ex iis omnibus concludimus argumentum hoc non probare intentionem ac fundamentum actoris.

Quinto habentur in actis literæ à tribus statibus Grixonum ad Rempubl. Genuensem, datæ 10. Ian. Anno 1587. in quibus continetur, quod ad instantiam Petri Anton. & Hortensii de Beccaria. & consortum conquerentium, quod non possint frui priuilegiis Germanorum, circa telonia ad d. rempub. ante biennium literas dedissent, quib. petierunt Grixones tanquam veros Alemannos pro talibus haberi, & contrariū dicentes tanq̄ falsos testes puniri debere, & quod cum ad hasce literas responsum non acceperint, rogent iterum, eós haberi pro Alemannis, & deducunt certis quibusdam argumentis eos esse Germanos.

Deinde 24. Februarii Ann. 1589. Grixones denuo scribunt ad remp. Genuensem, legatum mittentes Capitaneum Kelscherum fratrem Commissarii, tanquam bene informatum.

Tertio iterum scripserunt ad remp. Genuens. conquerentes, quod propter calumniantes quosdā Beccariæ grauentur circa telonii exactionē, & mittunt alium legatum eam ob causam, Io. Baptistam Gelnerum, literæ scriptæ sunt 2. Martii 1590.

Ex quibus actor vult probare, quod cum Beccarię procurauerint illas legationes, & sint D. Grixonibus due-

dixerint se grauatos ex depositione horum Germanorum (inter quos est actor hic noster) falsum testimonium deponentium, & Grixones peterēt Germanos illos puniri, ideo eosdem Beccarias reos cōuentos, idem etiam apud Commissarium Clauenæ procurasse, vt scilic. actor fuerit arrestatus.

Sed hoc argumentum etiam non vrget. Nam aliud est procurare per Dn. Grixones, vt actor & alii literis ad remp. Genuensem datis, tanquam falsi testes puniretur, quæ petitio, si testes falsum dixissent testi-
19 monium dolose, erat iuri consentanea. Testes † enim puniri possunt à iudice coram quo falsum deponunt. *l. nullum. C. de testib.* præclare Couar. *Practic. quæst. cap. 18. num 8.*

Aliud est petere, vt puniantur à Commissario Clauenæ, qui nulla ratione cognoscere ac punire tale crimen potuit. Et ideo cum hæc sint longe diuersa ac dissimilia, locum habet vulgata illa nostrorum propositio, ex diuersis non fit illatio *l. Papinianus exuli. ff. de minorib.*

Quod autem hæc apud Dn. suos Grixones procurauerint, scil. & literas & legatum ad remp. Genuens. id fecisse videri possunt iuris sui conseruandi gratia, & promouendi. Vnde nemini iniuriam facit, qui iure suo vtitur. *l. nullus. de reg. iur. c. cum ecclesia. de elect.*

Et licet dubium sit & controuersum iure nostro, si quis contra testes opponat, se defendendi gratia, q
20 sint † infames, falsarii, & aliis delictis obnoxii: vtrum teneatur actione iniuriarum, si nō probet eos esse tales, vt videre licet ex Oldrado *in cons. 53. num 6.* Bossio *tit. de iniuriis n. 21.* Claro *§. fin. q. 53.* Andrea Geil. *libr. 2. obseru. 101. num. 7.* & Ias. *in l. illud. ff. quod quisq; iuris.* vbi negat actionem iniuriarum competere: tamen in consultatione hac nostra hæc inuestigare non est opus, quia actor non intentauit actionem iniuriarum contra reos, conuentos eo nomine, quod eum appellauerint falsum testem, sed aliam instituit actionem, quod scil. ipsi rei cōuenti tanquam causatores & procuratores arresti facti per Commissarium teneantur ad omnia damna, quæ propter illud arrestum passus fuit ipse actor.

Quod si super actione iniuriarum, an dicto actori competat aduersus conuentos eam ob causam, quod sæpe dixerint, illum esse falsum testem, & pœna dignum, nostrum expeteretur responsum parati erimus, vt iuri consentaneum nobis videbitur, respondere.

Sexto in actis habentur depositiones aliquot testium examinatorum Norimbergæ, quorum primus & secundus nihil ad rem nostram testificantur. Tertius vero nil aliud testificatur, quam arresti causam primum fuisse Equitem Martinū Kasserum fratrem Commissarii Clauenæ, quod non facit pro actore, sed potius contra eum. Quartus nihil ad rem deponit, sicut nec quintus, neq; sextus, neq; septimus, qui negat se dixisse id, quod continetur in articulo, & ideo potius actori nocet quam prodest.

Septimo vidimus in actis depositiones quatuor testium Genuæ examinatorum in lingua Italica, quæ nihil etiam actorem nostrum iuuare possunt. Nam primus nil aliud deponit, nisi actorem aliquando arrestatum fuisse, idq; se audiuisse à variis personis, & hoc ob litem illam Beccariarum & sociorum: sed vtrum Beccariæ fuerint causa arresti nihil dicit.

Secundus vero testis dicit Hortensium Beccariam ægre tulisse, & minatum etiam fuisse, quod Andreas Vogt actor noster & alii, in iudicio examinati, deposuissent, eum & alios consortes Germanos non esse, & quod publice audiuerit à variis personis, & ab Equite Martino, fratre Episcopi Curiæ, Andream arrestatum fuisse Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum.

Tertius autem testis deponit se publice audiuisse arrestum dicti Andreæ, & quod fuerit occasione dictæ litis & depositionis dictorum de Beccaria & sociorum.

Quartus vero idem dicit qui secundus.

Itaque duo sunt testes de auditu, quod d. Andreas fuerit arrestatus Clauenæ ad instantiam dictorum de Beccaria & sociorum, qui quidem testes non probant propter multas causas; prima est, quia testis de
auditu † regulariter non probat, debet enim testifi- 21
cari de eo, quod scit per sensum proprium, non per sensum alienum. *l. testium. C. de testib. c. testes. 3. quæst. 9. c. tam literis. eod. tit.* ibi nihil esse contra Lucanū electum sufficienter ostensum, nisi de auditu & fama, Speculator *tit. de testib. §. 1. vers. item quod nō probet testimonium.* & ideo Gl. *in l. 2 § idem Labeo. in verb. audierint. ff. de aqua pluu. arcen* dixit, testem de auditu non esse verum, sed improprium testem refert & late probat Io. Crotus *de testib. part. 9. num. 366.*

Et licet ex Archidiacono & aliis quibusdam dici soleat, testes de auditu præsumptionem facere, quæ transfert onus probandi in contrarium, vt late prosequitur Menoch. *de arb. iud. casu 475.* tamen falsa est illa opinio, vt ostendit Natta *in cons. 170.* neq; Archidiaconus id dixit, & aliter est accipiēda doctrina Archidiaconi, sicut declarat ibi Natta, vt videl. si probatio-
ne ex vtraq; parte sint pares, tunc † præsumptio sit p 22
illa parte, pro qua deponunt testes de auditu.

Præterea, vt testes de auditu probent, necesse est:
Primo vt deponant se † omnes audiuisse ab eisdem 23
personis, alioqui dicuntur singulares, Menoch. *d. casu 475. n. 13.* Secundo, vt nominēt personas à quib. audiuerunt. *c. licet ex quadam. de testib.* & saltem duos nominare debent, Natta *d. cons. 170. n. 5.* Tertio addere debent, quod ipsi ita credunt. *c. quoties. de testib.* Natta *vbi s. nu. 7.* Quarto necesse est, vt dicant se audiuisse ante litem motam, ne possit dici famam fuisse excitatā lite iam inchoata *d. c. licet ex quadam. de testib.* Natta *vbi supr. nu 8* Menoch. *d. casu 475. nu. 14.*

Quæ omnia in depositionibus d. testium desiderantur, vt ex eis facile licet colligere.

Octauo in actis continetur extractum quoddam, vt vocant, literarum Antonii Pestaluzę, qui erat procurator Vogtii Clauenæ, in quo nihil in specie exhibetur, quo probetur actoris intētio, sed scribit se diu egisse cum Commissario Clauenæ de relaxatione arresti, & nihil potuisse efficere, & vt debeat pergere apud ciuitates Imperiales, qui si Beccariæ malefecerunt, erit damnum illorum, quod à D. Grixonib quibus literas reddidit, fuerit sibi mandatum, vt concordiam procuraret, & Beccarias plus expendisse in ea lite, quam ipsum Vogtium, quæ omnia non pertinent ad quæstionem nobis propositam.

Nono deniq; sunt & aliæ quędam literæ in actis amicorum, qui pro concordia ineundi inter partes se se interposuerunt, & nihil ad rem faciunt.

Ex quibus primū caput consultationis ac responsi nostri absolutum apparet: in quo concludimus probatum non esse ab actore sufficienter d. reos cōuentos arresti, de quo agitur procuratores & causatores fuisse ad effectum, vt debeant cōdemnari ad damnorum eam ob causam illatorum refusionem.

Nunc sequitur alterū caput, an ex actis talia resultent, quæ nihilominus sufficiant ad condemnationem dictorum reorum, iuxta petita per actorem.

Quantum igitur attinet ad istud caput contra reos conuentos animaduertimus vrgere sequentia.

Primo quod Andream Vogt, & alios qui Genuæ deposuerunt dicti rei conuenti, tanquam falsos testes diffamarunt, & dignos qui puniuntur.

Secundo, quod affirmauerint de hoc apud D. Grixones côquesti fuere, exaggerantes factum, & præiudicium illatum toti nationi suæ ex eorum falsa depositione.

Tertio, quoniã arrestum factum à Clauenę Commissario laudarunt & approbarunt, & maiora mala Actori & aliis testibus à dictis Grixonibus impendere, augurati sunt.

Quarto, quod magnos in hac causa sumptus fecerunt, legationemq; & literas ad rempubl Genuensem impetrarunt, & fortassis etiam ad Senatum Noricum.

Quinto, quod fama fuerit Genuæ sparsa fuisse Andream arrestatum ad eorum instantiam.

Cæterum pro ipsis reis conuentis aduersus actorem hæc facere animaduertimus.

Primo, quod reuera d. Andr. Genuę deposuit reos conuentos Germanos non esse, nec etiã prouinciam Grixonum partem esse Germaniæ, contra quam tamen depositionem lata fuit sententia Genuæ.

Secundo, quod id Grixones ægre tulerunt, arbitrãtes, ob id reuera sibi præiudicium fieri, & allegantes in literis ad Remp. ubl. Genuensem varias causas, ob quas probari possit eos esse Germanos & Germanorum priuilegiis frui debere.

Tertio, testimonium ipsius Commissarii Clauenę attestantis se ex officio Andr. Vogt arrestasse, non ad instantiam aliorum.

Quarto ipsos Grixones misisse legatos ad Senatum Noricum, vt Vogtius arrestatus compareret Clauenæ, omniaq; nomine publico tractasse & egisse, & similiter ad Genuensem rempubl.

Quinto quod arrestum iniquum fuerit iniunctum ab ipso Commissario Clauenæ.

Ex quibus hinc inde pugnantibus rationibus duo nobis colligi posse videntur, primo rem esse valde dubiam & incertam, an rei conuenti causam dederint arresto, an vero potius depositio ipsius Vogtii. Secũdo colligimus, si dicti rei conuenti causam arresto dederunt, non fuisse causam solam proximam & immediatam, sed remotam potius, & non solam, sed coniunctam cum depositione dicti Vogtii & præiudicio, quod ex ea putarunt Grixones sibi fuisse irrogatum, iniustoq; processu ipsius Commissarii, quare non videntur nobis hæc sufficere, vt rei conuenti ad damnorum refusionem damnandi sint, quoniam & si is qui causam damni dat, damnum dedisse videatur, ac perinde teneatur, ac si damnum dedisset, tamen id non ita simpliciter & indistincte accipiẽdum est, sed in eo casu, quo causam dedit † proximam, &
24 immediatam, non si remotam occasionem dedit & accidentalem. Pro cuius rei confirmatione facit, quod communiter receptum est, si culpa ad casum ordinata non sit, non teneri eum qui fuit in aliqua culpa *argument. l. non omne. ff. de statulib. l. si quis. ff. de act. & obligat. cap. quia diuersitatem.* & ibi Gloss. *in verbo, suspensus. de conc. ff. prabend.* Bartol. *in l. 2. §. vlt ff si quis cautio.* Felin. *in cap. cum inter. nu. 20. de except.* Ripa *in c. 1. num. 14. de iudic.* Castrens. *in l. vlt. §. si ea conditione. ff. ad legem Rhod. de iactu.* Alexander *in consil. 74 numer. 6. libr. 6.* Natta *consil. 41 numer. 9.* Cæphalus *consil. 361. numer. 23.*

Secundo, quia vbi manifesta est causa immediata vt in casu isto, quia Commissarius Clauenæ fuit immediata causa arresti, vt patet ex eius testimonio, tunc effectus attribuendus est † illo potius, quam causæ 25
mediatæ & remotæ, *argument. l. socium qui in ea. §. 1. ff. pro socio. leg. penultim. ff. de condit. ob turpem causam.* Parisius *consil. 127. num. 4. libr. 1.* Socinus Iunior *consil. 128. numer. 66. libr. 1.* Crauetta *consil. 8. numer. 14. & 163. num. 4.*

Tertio, quia causa ipsa † immediata attendi debet, non etiam mediata & remota, vt dicebat Bal- 26
dus *in l. ex placito. in 1. quæst. C de rer. permut. & in l. sub prætextu. la prima. in 2. columm. Cod. de transact.* allegans textum *in l. si mulier. ff. de rer. amotar.* sed melius probat text. *in l. si cum emptore. ff de pactis eorum. l. procuratore in rem suam dato. ff. de procurat.* Natta *consil. 600. nu. 25.* Io Petr Surd. *cons. 64. nu. 6 7. lib. 1.*

Quarto, quia si omnia diligenter perpendantur, quæ contra reos proposuimus, nil eorum concludens apparet esse.

Nam quod attinet ad primum, quod rei conuenti diffamauerint actorem & alios, tanquam falsos testes, id non est concludens argumentum eosdem procurasse arrestum: Sed potius ad actionem pertinet iniuriarum, de qua nos consulti non fuimus, & quæ in processu instituta non fuit. Nam responderi potest hoc ita factum à reis fuisse, vt causam suam apud Genuensem magistratum tuerentur, & eorum priuilegia, non vt actor arrestaretur: Et in eundem modum accipi potest, quicquid ipsi rei apud Grixones procurarunt, ratione defensionis suorum priuilegiorum.

Ex quo autem laudauerint & approbauerint arrestum Commissarii Clauenæ, postquam factum fuit, & merito factum dixerint, quia testes falsi digni sunt his & aliis pœnis, non recte inferri potest eos causam arresti fuisse, vel de eo teneri, licet enim ratificatio mandato æquiparetur, & id etiam in delictis locum habeat, tamen id intelligi debet, quando actus † factus est nomine ratificantis, *capit. ratum. de* 27
regul. iur. libr 6 cap. cum quis. de senten. excommun. lib. 6. Bartol. *in l. 1. §. si de eo cum quis ff. de vi & vi armat.* Dec. *in l. semper qui non prohibet. num. 10. de reg. iur.* Cacheranus *decis. 13. num. 17. & 18.*

Quod vero sumptus fecerint in causa ista, nihil ad rē facit, quia dici potest ideo factos fuisse, vt se & sua iura defenderent, & eandem ob causam literas & legationes procurasse ad Genuens. remp.

Denique quod attinet ad famam Genuæ sparsam, illa non satis probatur ex duorum testium depositione, ob causas quas supra deduximus.

Et licet non ignoremus, quod ad Commissarii testimonium attinet, regulariter non valere † iudicis 28
testimonium in ea causa in qua iudicauit, vt probatur *in cap. statutum. 2. quæstion. 6* & docent Innocent. *in capit. 2. de arb.* Felinus *in cap. cum à nobis. numer. 5 de testibus.* & alii quos late prosequitur Iacob. Menoch. *de arbitr. iudic. libr. primo. quæstion septuagesima tertia* tamen secus est, quando iudex deponit de gestis à se ipso in officio, & ex ea depositione nullum sentit commodum, sicut probat textus *in dict. capit. cum à nobis. de testib.* teste Ruino *in consil. 105. num. 6. libr. 4.* & alii, vt per eundem Menochium *de arbitr. iud. lib. 2. casu 99. num 4.* quibus adstipulantur quæ tradit Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 951. nu. 7.*

Et ideo ex his omnib. concludimus, nihil esse probatum ab actore, propter quod rei condemnari debeant iuxta petita in libello. Quia tamen in bonæ fidei

iudiciis

iudiciis, & cæteris causis, inopia probationum iure-
29 iurando quæstiones decidi solere † dicit text. *in leg. in bona fidei. C. de reb. cred. & iureiur.* & idem colligitur *ex l. admonendi. ff. de iureiur. & ex cap. vlt. eod. tit.* poterunt iudices causæ, pro maiori cautione iusiurandum reis conuentis deferre, & si iureiurando delato, responderint, se causatores & procuratores d. arresti non fuisse, absoluendi erunt: si vero fateantur, se arresti causatores & procuratores fuisse, erunt condemnandi.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro nobilibus Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII LXVIII.

Agitur de damnis & expensis ob falsitatem passis & de heredibus eius qui commisit falsitatem, quando teneantur. De citatione eius cuius non interest: de literis mutui compassus, vt vocant, & de aliis, vt latius ex Summariis.

SVMMARIA.

1 *Qui damni causam dat, damnum dedisse videtur.*
2 *Falsum dicens testimonium conueniri potest ad damna.*
3 *Heres tenetur ex delicto defuncti iure Canonico.*
4 *Citari an debeat is quem causa principaliter non tangit.*
5 *Testes examinandi sunt parte citata ad videndum eos iurare, & dandum interrogatoria.*
6 *Alias non valet eius depositio.*
7 *Testium depositiones nocent in alio iudicio, quoad semiplenam probationem.*
8 *Nemo debet frustra & inutiliter ad iudicium vocari, & sumptibus fatigari.*
9 *Heres iure ciuili, quando teneatur ex defuncti delicto.*
10 *Heres tenetur ad exonerandam conscientiam defuncti.*
11 *Ius ciuile seruatur in terris Imperii, ius Canonicum in foro Ecclesiastico.*
12 *Actio aduersus heredes ex delicto defuncti, quando possit intentari.*
13 *Heredes non tenentur ex delicto defuncti, nisi locupletiores facti sint.*
14 *Contra ibidem.*
15 *Ius Canonicum seruatur etiam in foro Cæsaris, vbi agitur de peccato.*
16 *Qui propter falsum testimonium damnum intulit, non tenetur in foro conscientiæ.*
17 *Sed contra ibidem.*
18 *Declaratur ibidem.*
19 *§. His autem. inst. de lege Aquil. declaratur.*
20 *Officium Commissarii cui testium examen mandatur; quale sit.*
21 *Heredes non tenentur pœnalibus actionibus.*
22 *Falsitas non committitur sine dolo.*
23 *Falsi pœna arbitraria.*
24 *Error in dubio præsumitur potius quam dolus.*
25 *Pœna falsi non transit in heredes.*
26 *Temere litigantes in expensis condemnantur.*
27 *Actor sequitur forum rei.*
28 *Excipiens contra testes, quod sint criminosi, non tenetur actione iniuriarum.*
29 *Calumniator est, qui falsa crimina intendit, & punitur.*

Iesu Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

QVod attinet ad primam quæstionem, illa sic se habet. Cum N. non agat contra heredes N. sed solum ad obtinendam victoriam in causa principali, articulos contra N. obtulerit, literas cōpassus in hunc tantum finem impetrauerit, non vt d. heredes N. de damno aliquo illato conueniret, aut de falso accusaret, sed vt probationes consanguinitatis ab N. factas euerteret, vtrum d. heredes N. potuerint de iure citari ad audiendum & videndum iurare testes, & ad dandum si velint interrogatoria?

Pro huius quæstionis, ex qua aliæ magna ex parte pendere nobis videntur, recta solidaq; decisione & resolutione, diligenter inuestigandam esse causam putauimus, ob quam d. heredes citati fuerunt, cum principalis causa hereditatis eos non contingat, & omnibus mature consideratis, in eam sententiā conuenimus secundum ea quæ proponuntur, nullam aliam ob causam, & ad nullum alium finem & effectum d. heredes citatos fuisse, nisi quia d. N. falsitatem aliquam probare in animo habet, falsitate probata (supposito videl. quod illam probaturus sit) iudicium instituendi contra heredes dict. N. tanquam authores, vt ipse prætendit, dictarum falsitatum, pro consequendis damnis, quæ passus fuerit propter dictam falsitatem eorum.

Namque constat inter omnes, eum qui † causam
damni dat, damnum dedisse videri, vt dixit Grego- 1
rius Pontifex Max. *in c. vlt. de iniur.* & ante eum Iurisconsultus *in l. qui occidit. §. in hac. ff. ad l. Aquil. in l. si merces. §. culpa. & in l. videamus §. vlt. ff. locat. in l. pen. ff. solut. matrim. in l. prætor. secunda. §. vlt. ff. de vi bonor. raptor. in l. nihil interest. ff. ad l. Cornel. de sicar.* & nostri sæpissime idem responderunt And. Geil. *de arrestis imper. capit. 4. num 8. & capit. 13. numer 8.* Hippolyt. Riminald. *consil. 118. numer. 24. libr. 2.* Marsilius late *ad dict. leg. nihil interest.*

Et ideo si quis falsum testimonium dixerit aduer-
sus † aliquem conueniri ciuiliter potest ab eo, qui 2
passus est damnum ob eius falsum testimonium, nimirum ad ipsius damni emendationem, vti responderunt Corsetus *in singularibus suis, in verb. testis singulari. incipiente, si aliquis testans.* pro hac sententia text. *in cap. fin. vt. de testibus & attestat. & in c. 1. de custodia Eucharistia. & alia loca.* Idem tradit Clar. *§. falsum. versicul. Pœna autem testis. allegans Gloss. in cap. presbyterum. in verb. aliam infirmitatem. de hom.*

Cum igitur heres teneatur † ex delicto defuncti,
secundum ius Canonicum, pro viribus hereditatis, 3
licet nihil ad eum peruenerit ex delicto, nec lis contestata fuerit cum ipso defuncto secundum communem Canonistarum sententiam, *ex cap. vlt. de sepult. c. in literis. de rapt. c. tua nos. de vsur. & ex aliis locis,* vt testantur Couarr. *variar resol. lib 3. cap. 3. num. 7.* Gomezius *in cap. 1. de delictis. num. 85.* Clarus *§ fin quæstion. 51. versic. vlterius quæro.* Vasquius *controuers. illustr. libr. 3. c. 96. num 27.*

Ideo existimauit d. N. sibi actionem competere pro damnis passis aduersus dictos heredes, quam-

 obiem

obrem iurauit illos citari ad videndum iurare testes. &c.

Nam licet controuersia sit inter Dd. an is tantum
4 citandus sit, quē causa † principaliter contingit, non autem alii, quibus in consequentiam præiudicium irrogari potest, aliquibus affirmantib. requiri citationem omnium, etiam eorum quos causa principaliter non tangit, aliis vero id negantibus. *in l. de vnoquoq. ff. de re iud.* & late citatis Dd. refert Ant. Gabr. *libr. 2. commun con. lus. tit. de citat. conclusion. 1. num. 319. cum multis seq.* tamen videtur esse recepta distinctio, vt ii quos causa principaliter non cōtingit, necessario citandi non sint, quantū ad hūc effectum, vt processus valeat: veruntamen, vt sententia illis noceat citādos esse, vt plene auctoritatib. adductis, tradit idem Anton Gabr. *loco proxime citato. nu* 330.

Cum igitur testes examinandi sint parte citata,
5 contra quam produci debeat, ad videndum † eos iurare, & dandum interrogatoria. *c. significauit. de testib. & attestat* & in terminis, quando testium examen alteri mandatur, tradit Andr. Geil. *lib 1. obseru. 9. num. 5.* idq; magnum habet effectum, licet testes ad perpetuam rei memoriam examinentur vt per And. Geil. *lib. 1. obser. 114. n 4. 5.* & alias regulariter testis depositio
6 non † valeat, nisi parte citata ad videndum eos iurare, & ad dandum interrogatoria *c. 1. de test. & attestat. §. & hic vero. in auth. de test. l. iudices. C. de fide instrum. l. generaliter. § his de præsentibus C. de reb. cred.* & late explicat idem Andr. Geil. *lib. 1. obser. 102.* idcirco citati fuerunt d. heredes ad videndum testes iurare, & dandum interrogatoria, vt videlic. testium depositiones perduci possent aduersus d. heredes in iudicio postea instituendo, ꝓ damnis cōsequendis ex delicto defuncti.

Quibus ita constitutis infertur ad rectam propositæ quæstionis decisionem. Nam si prædicti heredes teneantur, & cōueniri possint ad damna ista, quæ N. passus fuit in illum euentū, quo de falsitate appareat testium examinatorum, quasi eius falsitatis authores extiterint N. sine dubio potuerūt de iure citari, vt videl. testiū depositiones super articulis productis noceant d. heredib. in alio iudicio per d. N contra ipsos heredes instituendo, pro d. damnis consequendis, si
7 non † ad plenā probationem, saltem ad aliquam probationē, iuxta not. per Bart. & alios *in l 2. C. de edendo in l. gestis. C. de re iud.* And Barb. *de test. in 4. part. n. 2* Marian. Soc *de test. n. 115* Lanfr. de Orian. *de test n. 39* And. Geil. *lib. 1. obser. 104. n. 6* Verum ē conuerso, si d. heredes nō teneantur ad d. damna, etiam supposita falsitate prætensa, sequitur eos inutiliter, & frustra citatos fuisse ad videndum testes iurare, & dandū interrogatoria, & consequenter in effectu nō potuerunt de iure citari,
8 quia ius non permittit, vt aliquis † frustra, & inutiliter vexetur in iudicio, vt superfluus fiat processus *arg. l. litigatores. in fin. ff. de recep arbitr. l. 1. C. de thes. libr. 10.* Petrus Rebuffus *de test. n. 37 & 39.* Albetic. de Malet. *de test. num. 97. 98.*

In hac igitur difficultatē, an heredes teneantur ad d. damna ratione falsitatis à defuncto commissæ, supposito videl. q̄ fuerit aliqua falsitas cōmissa à defuncto, respondemus tem non ita expediti iuris esse.

Etenim non solum variæ sunt Dd sententiæ, verum etiam iura sunt varia ac diuersa. Inprimis iure ciuili
9 constitutum est, actiones † ex delictis in heredes non transire, nisi quatenus ad eos peruenerit, vel lis fuerit cum defuncto contestata. *l. vnic. C. ex delict. defunct. in quan. hered. conuen. l. 1. ff. de priu. delict. l. quod diximus. § vlt. ff. quod met. caus. l. in heredem ff. de calumn. l. in heredem ff. de dolo. l. vlt. C. rer. amot. l. inde Neratius. § hanc. ff. ad l. aquil. l. constitutionibus. ff. de oblig. & act. l. sicut pœna. de regul. iur.* late Ant Gomez. *variar. iur. resol. tit. de delict. c. 1. nu. 85.* Clarus *q. 51. vers. vlterius quæro* Bursat *cons. 77. n. 1. libr. 1.* Hotomann. Pictor. *in 1. part. qu. 17.*

Secunda de iure Canonico ex communiori Dd. sententia, vt supra etiam insinuauimus, aliter constitutum est, nimirum, heredē obligatum † esse ad exonerandam conscientiam d. functi, iuxta vires hereditarias, licet nihil ex delicto defuncti ad eum peruenerit, nec lis cum defuncto fuerit contestata. *c. vlt. de sepult. d. c. in literis de rapt.* Ant. Gom. *d. c. 1. de delict. nu 85.* Couarr. *lib. 1. variar. resol cap. 3. nu. 7.* Vasquius *lib. 3. controuers. illustr. cap. 96. nu. 17.* 10

Tertio hæc est etiam communis Dd. sententia, ius ciuile seruandum esse † in hoc proposito nostro in terris Imperii, ius vero Canonicum in foro Ecclesiastico, sicuti declarat Cacheran. *decis. Pedemont. 152. nu. 6 & seqq.* Ant. Gomez. *loco proxime citat.* vel etiam in terris Imperii, coram tamen iudice Ecclesiastico per denunciationem Euangelicam *ex c. nouit. de iud. & similib.* vt in terminis quæstionis nostræ post alios quos adducit, explicat Prosper Farinac. *in quæst. crimin. tit. de inquisit. qu. 10 post nu. 64. vers. limitando.* 11

Quarto oritur etiam difficultas, an inspecto iure ciuili ex delicto defuncti † contra heredes actio intentari possit, non ad pœnam, sed ad rei, siue damni persecutionem tantum, nam licet actio pœnalis non sit, sed rei persecutoria multi responderunt eam aduersus heredes ex delicto defuncti non competere, Ant. Gomez. *loco supra proxime citato.* Phanucius *de inuentario heredu. parte 7. num 70* Farinacius *loco proxime annotato.* & alii multi quos isti citant, quorum fundamentum est in legibus, quibus generaliter constitutum est, heredes † non teneri ex delicto defuncti, nisi locupletiores facti sint, vt *in d. l. inde Neratius. §. hanc. ff. ad l. Aquil. l. vnic. C. ex delict. defunct. & c. cum aliis superius allegatis.* 12 13

Verum Couarr. *lib. 3. variar. resol c. 3. n. 7.* cōtrarium respondit, & quando actio non est pœnalis, nec mixta, sed rei persecutoria, puta damni, vt ipse loquitur, et heredes iure ciuili † posse conueniri ex delicto defuncti, & idē ante Couar. alii quidā docuerunt, quos refert & probat Cacher. *d. dec. Pedem. 152. n. 8* quāquam ex ibi citatis aliqui dixerint, id iure Canonic. locum habere, non autem iure ciuili considerato, & pro hac sententia duo potissimum iuris loca adferuntur. 14

Primus est *in § his autem verbis l. 1. ff. de leg. Aquil.* cuius hæc sunt verba: *Ideoq; constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur.*

Alter locus est *in l. si pro fure. §. 1. ff. de condict. furt.* vbi sic dicit text. *condictio ex re furtiua, quia rei habet persecutionem, heredem quoq; furis obligat.*

Sed nec illud parui momēti esse videtur q̄ secundū iura Canon heres teneatur, vt d. est ex delicto defuncti, satisfacere ꝓ viribus hereditariis damnū passo. Nā cum de peccato siue cōscientia agitur, inter † oēs constat ius Canon seruari, etiam in foro Cæsaris, vt late probat Rolā Valle *cons. 99. n. 29. lib. 4.* & in terminis nostris tradunt Ruin. *cons. 20 libr 4* Phanuc. *de inuentario heredis. part. 7. num. 78* Cacheran. *d. dec. Pedem. 152. nu. 7.* Ant. Gom. *d. c. 1. delictorum n. 86* Prosper Farinac *d. qu. 10. post nu. 64. vers. limitando.* 15

Nec enim probamus nonnullorum sententiam, qui dixerunt eum qui falsum testimonium † dixit, propter quod aliquis damnum passus est, non teneri in foro animæ illud resarcire, Clarus *§. falsum. versic. pœna autem testis.* 16

Nam

17 Nam verius est teneri † cum sit causa alterius damni, vt declarat Nauarrus *in Manual.* ex mente D. Thomæ *capit. 25. rubr. de peccat. test. in princip. numero quadragesimo.* & Syluester Pierius *in summa. in ver. testis. quæst.* 10.

Nisi testis falsum deposuerit materialiter, hoc est,
18 putans se verum dicere, & † absque omni dolo, & fraude, tunc enim ad damni restitutionem non tenetur, vt declarat Caietanus *in S. Thomam 22. quæst. 70. articulo 4.* R. P. Gregorius de Valentia *in tertia parte Commentariorum Disputationum 5. quæstion. decima quarta puncto 4.*

Ex his itaque omnibus ita deductis apparet, vt inito dicebamus, quæstionem hanc non leues habere difficultates.

Omnibus igitur diligenter pensatis, ita respondemus ad propositam quæst. heredes d. N. inutiliter ac frustra citatos fuisse ad vidēdum iurare testes, & dandum eis interrogatoria, quantum ad hunc effectum, vt postea conueniantur ob prætensam falsitatis causam in foro ciuili, ac Cæsareo: quia certum est iure ciuili eos non posse conueniri, cum nec lis fuerit cū defunctis contestata, nec ex eo delicto aliquid ad eos peruenerit. Quantum vero ad hunc effectum, vt saltem coram iudice Ecclesiastico conueniri possint, ad exonerandam conscientiam defunctorū negari non potest, quando citari potuerint. si tria hæc concurrāt. Primum, quod falsitas fuerit commissa per d. N. Secundo, quod ex illa, & propter illam d. N. damnum aliquod fuerit passus: Tertio quod dicta falsitas dolo commissa fuerit, secus si per errorem aliquem probabilem, tunc enim dicti heredes non tenerentur, sicut nec authores eorum etiam in conscientia, vt supra diximus ex Caietano & ex aliis. Quæ sententia confirmari potest, *ex l. nec exemplum 10. C. ad l. Corn. de falsi.* vbi dicitur falsi crimen non committi sine dolo. Menoch. *de arbitr. casu 309. in princ.* vbi notandum est dolum non præsumi, sed errorem, vt ibi late Menoc. probat. *num. 8. qu. 1.*

19 Ad text. *in §. hic † autem inst. de l. Aquil.* per quem Couar. superius citatus, dicebat etiam iure ciuili heredem posse cōueniri ex delicto defuncti ad damnū duntaxat, Hottoman. Pict. *d. q. 27. n. 5* & præter illum nos vIes ponderamus, ꝙ ibi dicitur locum habere *in l. Aquil.* tantū, non in aliis delictis. In aliis enim delictis secus constitutū esse perspicuum est, *ex l. vn. C. ex delict. defunct. & l. vlt. C. rer. amot. & ex aliis legib. superius citat.*

Ad *l. si pro fure. §. 1. ff. de cond. furt.* respondemus specialiter constitutum in ea vt transeat in heredem, sicut dicebat Ant. Gomez. & alii, sicut odio furum constat alia quoq; specialiter constituta fuisse.

Secunda quæstio est, vtrum d. heredes potuerint etiam examinari in aliqꝑ præiudicium heredum N. quos causa principalis nullatenus concernit, quique nulla vnquam actione à quoquam conuenti fuerunt.

Respondemus, ex iis quæ dicta sunt in præcedenti quæstione, etiam huius quæstionis decisionem perspicuam esse: nam cum probatio falsitatis inutilis futura sit N. pro actione instituenda aduersus d. heredes, sequitur testes examinari non potuisse in præiudicium dictorum heredum, secundum nostram institutionem supra allatam.

Quantum ad hunc effectum, vt heredes in conscientia teneantur supposita falsitatis probatione, & aliis quę concurrere debent, vt diximus in pręcedenti quæstione examinari potuerunt; sed coram Ecclesiastico iudice erit processus instituendus, contra dictos heredes, vt dictum est.

Tertia quæstio proponitur, an istæ attestationes possint publicari per Regimen Burghusian. cū causa principalis non ibi, sed Viennæ ventiletur, & testes tantūmodo ad literas mutui cōpassus sint examinati.

Respondemus publicari non posse d. attestationes per Regimen Burghusianum, sed mittēdas esse clausas & obsignatas Viennam, vt ibi publicentur per Iudices causæ. Nam h. e. officium Commissarii, cui testium † examen mandatur super articulis transmissis 20 ab alio iudice, vt testib. rite, & sigillatim examinatis, eisdemq; silentio imposito, attestationes nemini cōmunicet, sed suo sigillo obsignatas ad committentem transmittat. *c. cum clamor. 53 de test. & attest. c. constitutus. in fine. de fideiuss. l. iudices. C. de fide instr* & coram eo postea publicatio fieri debet, vt post alios ab eo citatos, declarat optime Andr. Geil. *lib. 1. obser. 96. nu. 9* ex quo sequitur Commissarium non debere testes publicare, sed ad iudicem transmittere, nisi forte publicationem quoque fieri is mandasset, quod fieri non solet, nec nobis verum esse constat.

Quarta quæstio, an d. heredes N. de iure potuerint citari ad publicationem d. attestationum?

Respondemus, non potuisse de iure citari, quia publicatio fieri non potuit per d. Regimen Burghus. vt dictum est in præcedenti quæstione.

Quinta quæstio, si contingeret illas attestationes vel Burghusii, vel Viennæ publicari, an possit d. heredibus aliquid præiudicium ex illis generari, absq; vllo alio processu contra ipsos constituto?

Respondemus nullum præiudicium generari posse d. heredibus, nullo alio iudicio contra ipsos instituto. Primo, quia acta inter alios, aliis neque obsunt nec p[r]osunt *toto tit. res inter alios actas &c.* Deinde, quia, vt dictum est, supposito, quod falsitas probata esset, non in foro ciuili conueniri possent, sed tantum propter conscientiam possent per Iudices ecclesiasticos compelli, quo casu opus esset denunciatione Euangelica *secundum formam c. nouit. de iud.* & sic processus esset proculdubio solenniter instituendus, secūdum formam sacrorum canonum, corā Iudice ecclesiastico, consequenter absq; nouo processu instituto, nullum præiudicium d. heredibus potest inferri.

Sexta quęstio. si N. probaret in d. instrumentis aliquam falsitatē esse commissam, vtrū hoc posset nocere d. heredibus, vel ipsorum patri si viueret, & quomodo. vel ratione interesse vel ratione pœnæ?

Respondemus, si N. probaret in d. instrumentis aliquam falsitatem, id nocere non posse dictis heredibus, nec ratione pœnæ, nec ratione interesse, siue damni.

Non ratione pœnæ; ciuilis constitutio † est pœna- 21 libus actionibus heredes non teneri *l. 1 ff. de priu. delict. §. non autem inst. de perpet. & temp. act.* Non ratione damni, siue interesse, quia vt in prima quæst. late dictū est excepta condictione furtiua, reliquæ actiones ex delictis, etiam quatenus rem prosequuntur ad heredes non transeunt, nisi quatenus ad heredes prouenerit. vel lis cum defuncto contestata fuerit, vt patet *ex l. vlt. C. de act. rer. a. not ex l. vnic. C. ex delict. defunct. &c.* & ex aliis legibus & authoritatibus superius allegatis, in prima quæstione.

De foro conscientiæ iam diximus, ꝙ heredes teneantur secundum ius Canon. propter delictum defuncti. *d. c. vlt. de sepult. c. tua nos. de rapt.* cum aliis superius allegatis: concurrentibus illis tribus quæ supra diximus, nimirum falsitate, item dolo defunctorum in committendo ea, & damno ipsius aduersarii ob dictam falsitatem.

Quod vero ad parentes attinet si viuerent, & probaretur eosdem falsitatem dolo commisisse, proculdubio ea falsitas eisdem noceret pœnisq; iure constitutis tenerentur, *toto tit. ff. & Cod. ad l. Corn. de falsis.* verum, si absque dolo malo per aliquem errorem facti falsitatem admisissent, vel nulla pœna digni essent,
22 quia falsitas † non committitur, sine dolo. *l. nec exemplum. C. ad l. Corn. de fals.* vti responderunt Corneus *cons.* 182. *col. pen. vers. & maxime. lib.* 4. Parisius *cons.* 151.
23 *num.* 23. *lib.* 4. Ancharan. *quæst.* 44. *num.* 4. vel † pœna imponenda esset arbitrio iudicis pœna aliqua leuior secundum Alciat. *in l.* 1. *§. sed si mihi. in fine. ff. de verb. oblig.* quem refert & sequitur Menoch. *de arbitr. iud. casu* 309 *nu.* 7. quæ tamen sententia nullo iure probatur, & ideo nobis placere non potest, nam Gloss. quam Alciat. allegat *in l. & si seuerior. C. ex quib. caus. infam. irrogetur.* male ad hanc rem citat *l. respiciendum. §. delinquunt & l. absentem. §. vltim. ff. de pœn.* quia dictæ leges id non dicunt: nec illa sententia vllum aliud fundamentum habet, & in contrarium vrget text. *in dict. l. nec exemplum. C. de falsis.*

24 Porro dubitari non potest, quin potius error † in dubio præsumendus, quam dolus, vt fatetur Menoch. *loco proxime citato. nu.* 8. 9. & idem Menoch. *de præsumpt. l.* 6 *præsumpt.* 23. *nu.* 29. & iuri consentaneum videtur. *l. quoties. §. qui dolo. ff. de probat. l. quoties §. tantundem. ff. de hered. instit.* latissime Mascard. *de prob. vol.* 2. *conclus.* 715. *num* 3.

Septima quæstio sic se habet: posito, quod attestationes non possent publicari Burghusii, nec contra ipsos heredes, tanquam huius rei causa nunquam conuentos vllam facerent probationem, an saltem ordinarius iudex possit ex officio inquirere contra heredes, & casu quo inquireret, & manifestum fieret commissam fuisse falsitatem, an iudex ordinarius posset aliquam pœnam heredibus imponere.

Respondemus per mortem dict. N. (dato, non tamen concesso, quod falsitatem commisissent) extin-
25 ctum esse delicti pœnam, & ideo † contra heredes inquiri non posse, nec eos puniri debere. *l.* 1 quæ loquitur de crimine falsi, *C. si reus vel accus. mort. fuerit. l.* 2. *§.* 4. *eod. titul. l. defuncto. ff. de publ. iud.* & est communis omnium sententia & indubitata conclusio, vt tradit Iul. Clar. *§. fin. quæst.* 51. *versic. quæro nunc.* Ant. Gomez. *variar. resol. tit. de delict. c.* 1. *num.* 78.

Octaua quæstio, si rursus præfigeretur dies media ad publicationē attestationum, & citarentur d. heredes, item si non citarentur, quid illis esset faciendum.

Respondemus ad primum quæstionis membrum: posito quod citarentur ad publicationem attestationum illos cōparere posse, vel per se, vel per procuratorem, & in primis protestari debere de nullitate & iniustitia citationis factæ ipsorum ad prætensam publicationē, sicut & ad alia etiam, ad q̄ fuerunt citati.

Secundo protestari debent de sumptib. eo nomine factis, & de omnibus damnis, expensis, & interesse suo tempore repetendis.

Tertio etiam de iniuria, quę videtur ex his actibus quodammodo defunctis irrogari, quasi aliquam falsitatem commisissent.

Quarto de nullitate ipsius publicationis testium protestari debēt, quia Cōmissar. ad testes examinandos attestationes publicare non potest, sed eas debet transmittere ad iudicē, qui examinari mandauit per literas mutui cōpassus, vt per A. Geil. *d. obser.* 96. *lib.* 1.

Postremo debent saluis d. protestationibus sibi reseruare suas exceptiones & defensiones contra personas d. testium & eorum dicta.

Si vero d. heredes non citarentur, nihil est q̄ metuant: nam in primis d. attestationes N. nihil prosunt cōtra heredes sine alio nouo iudicio vt s̄. dictū. Deinde nouum iudiciū instituere non potest, neq; ad pœnam heredibus infligendam, neq; ad damna vlla quę passus fuerit ob p̄tensam falsitatē, quia ex delicto defuncti heres non tenetur, nisi quatenus ad eū peruenerit, vel lite cum defuncto contestata, vt superius late deduximus, excepta solū denunciatione Euangelica corā ecclesiastico faciēda: secundū ea q̄ nos s̄. dixim⁹.

Nona quæstio quid faciendum d. heredibus, si N. falsitatem non probauerit, an & qua meliore via à d. heredibus, & qua actione possit conueniri, ac etiam cum sit extra prouinciam coram quo iudice?

Ad hanc quæst. respondemus nulla actione conueniri posse à d. heredib. prętterquam ad expēsas quas fecerunt ob hanc citationem & vexationem, quam sustinuerāt in examine d. testium, & eius causa & occasione: si tamen d. N. iurauit eos citari, & hoc per Iudicis officium, quo † temere litigantes, in expensis 26
litis condemnantur. *§. ad excludendum. in auth. de litigios. §. hac autem. & ibi Gloss. in ver. actio. Inst. de pœn. tem. litig. l. non ignoret. C. de fruct. & lit. expens.*

Eritq; N. conueniendus corā suo iudice, quia hoc respectu rei partibus fungitur, & d. heredes actores erunt, & ideo secundū iuris regulā actor forū † rei se- 27
qui debet, *l. actor. C. vbi in rem actio exerceri debeat. l.* 2. *C. de iurisdict. omn. iud. cum aliisq; vulgatissimis.*

Non ignoramus aliquib. placuisse actione iniuriarum teneri eum qui falsum crimen excipiendo in iudicio testib. obiecerit, vt videre licet ex And. Geil. *lib.* 2. *obser.* 101. *n.* 7. Clar. *§. fin. q.* 53. *vers. caueant.* Verum † si 28
N. illud crimen obiecit, nō animo iniuriandi, sed tantum suam causam defendendi gratia, non putamus actione iniuriarum teneri, sicuti declarat Ias. *in l. illud. post princ. ff. quod quisq; iuris.*

Quod si N. non excipiendo, sed noua actione instituta, falsitatem obiiceret, & in ea succumberet, nisi iustam haberet excusationis † causam, & puniendus 29
esset, tanquam calumniator *toto tit. ff. de calumniat.* & late tradit Menoch. *de arbitr. iud. casu* 321. & 322. actione iniuriarum, & ad expensas quoq;, vt ibi per eum qui alios adducit *nu* 33. 34.

Postremo quia D. Consulentes cupiunt & petunt se informari super aliis quæ nobis viderētur ad huius causæ defensionem pertinere; respōdemus recte positas esse quæstiones, & ideo nihil à nobis addi posse. Itaq; nullam esse profecto causam videmus cur sibi metuere debeant: nam aut N. falsitatem probabit: aut non probabit: si non probabit res est salua, p̄ heredibus, qui etiam poterunt eum conuenire ratione sumptuum & damnorum, vt supra dictum est: si vero falsitatem probabit, adhuc sunt tuti: nam neque pœnali actione conueniri possunt, neq; ad damna iudicialiter constringi, neq; contra defunctum aut eius bona inquiri potest, & licet in foro ecclesiastico compelli possint ad exonerandas defunctorum conscientias, quib. etiam fama proculdubio læderetur, tamen illud meminisse debent, quod nos superius admonuimus, hæc sibi locum vendicare posse, si falsitas dolo fuerit commissa, secus si per errorem, & in dubio errorem potius præsumi, quam dolum: multisq; modis à dolo excusari posse, nullaq; infamię nota defunctorum memoria poterit inuri, cum non nisi dolo falsum committentes crimini subiugentur, inquit text. *in d. l. nec exemplum. C. de fals.*

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine collegit.

Pro quadam matrona.

ARGVMENTVM CONSILII LXIX.

Quæstio matrimonialis de duobus coniugibus, qui matrimonium consummare non poterant, & ob id separati fuerant, redintegrandis ad matrimonium, quoniam ecclesia fuerit decepta & non recte fuerit facta matrimonii separatio.

SVMMARIA.

1 *Matrimonium separatum ob impotentiam coeundi accidentalem non redintegratur.*
2 *Pluribus testibus creditur magis quam paucioribus.*
3 *Confessioni coniugum non creditur circa impotentiam coeundi.*
4 *Qualiter procedendum quando coniuges non possunt matrimonium consummare.*
5 *Matrimonium per errorem solutum redintegrari debet errore comperto.*

Christi nomine inuocato.

AD quæstionem propositam breuiter respondeo. Si duo hæc nobis constarent, quod vir iste per quadriennium cum vxore cohabitãs eam carnaliter cognoscere non potuisset, & quod alias mulieres cognoscere potens esset, existimandum esset, impotentiam coeundi cum vxore accidentalem esse, & ex maleficio prouenisse ex traditis per Hostiens. *in summa tit. de frigidis & malef. §. fi.* & consequẽter matrimo-
1 nium ob hanc causam separatum † non esset redintegrandũ *iuxta c. si per sortiarias. 33. q. 2.* & est communis sententia Dd. licet aliqui contradixerint Abb. *in c. 1. ext. eod. tit.* Goffred. *in summa eod. tit.* Henric. Boic. *in c. 2. eod. tit.* Sed quod iste potẽs fuerit alias mulieres carnaliter cognoscere licet satis coniici possit ex themate, vbi dicitur eum se immiscuisse cuidam concubinæ, & ex ea liberos procreasse, tamẽ illud primum quod vxorem suam cognoscere nõ potuerit, non est probatum, & consequenter non possumus ea consequentia vti, de qua supra dictum est, quod per maleficium fuerit impeditus eam cognoscere. Quod autem id non sit probatũ patet. Nam aut volumus esse probatũ ex attestatione illius medici, de quo in themate, aut ex confessione ipsorum coniugum: Ex attestatione illius medici hoc non probatur, is enim affirmauit eum esse naturaliter impotentem, & eius te-
2 stimonium cõfunditur per † attestationem plurium medicorum, qui totum oppositum asserunt, quibus cum plures sint magis est credendum, *l. 3. §. 1. l. ob carmen. §. vlt. & ibi Gl. in ver. impari. de testib.* Item confunditur ex experientia quia dicitur in themate, hunc coiuisse cum concubina, vt dictum est, ex quo infertur in eo non fuisse naturalem impotentiam.

Ex confessione coniugũ hoc non probatur. Quia
3 quando coniuges fatentur impotentiam † illis non creditur & timetur de collusio, inquit Goffredus *in summa de frigi. & malef. nu. 10. per tex. in c. super eo. ex. de eo qui cognouit consang.* idem tradit Abbas *in c. fi. eod. tit.* vbi dicit confessionem coniugum non esse multum validam: sed & idem probat text. *in d. c. fi. eod. tit.* vbi dicit text. quod cum A. fuisset matrimonio copulata & 108. annis cohabitasset eidẽ, adhuc integra permanebat, cum vir eius non habebat potentiam coeundi quod vir eius fatebatur, tamen se habere potentiam alias cognoscendi asserebat, sed ne id confiterentur ambo coniuges in fraudem, iudex mandauit inspici mulierem an esset virgo, &c. ex quo probatur attestationi coniugum nõ credi propter timorẽ fraudis.

Cum ergo ob maleficiũ viri impotentia non probetur nata, sequitur, vt videamus an separatum fuerit istud matrimonium per rectũ ecclesiæ iudicium, & an fuerit ecclesia decepta. Si enim alterutrum interuenerit, manifeste patet separationẽ factam non esse attendendam, sed redintegrationi matrimonii locum esse.

Omnibus igitur diligenter pro temporis breuitate cõsideratis quæ dicuntur in themate. Videtur mihi separationem huius matrimonii, nec per rectum ecclesiæ iudicium factam esse, & ecclesiã deceptam fuisse.

Quod per rectum ecclesiæ iudiciũ facta non fuerit, probatur ex eo, quia rectum ecclesiæ iudiciũ hoc in casu est, de quo *in c. fi. extr. eod.* Primo, vt iugalibus impotẽtiam denunciantib. inspici curetur † mulier 4
an vere virgo sit an vero cognita, ne fraus committatur. Secundo, iniungitur eis vt de cõmissis pœnitentiam agant, quia sic forte placeret Deo, vt matrimonium consummarent. Tertio, vt per trienniũ cohabitent studeantq; liberorũ procreationi, & id triennium incipere debet à die peractę pœnitentię, vt tradit Henric. Boic. qui alios citat *in rub. de frigi. & malef.*

Quarto, vt coniuges post triennium simul tactis sacrosanctis Euangeliis adeãt iudicem & iureiurando testẽtur se coire non potuisse. Quinto, vt septem consanguinei iurent se credere, quod ita sit, *vt in d. c. fi. & in c. requisiuisti. 33. q. 2.* & passim per Dd. annotatur, & dicit Abbas *in d. c. fi* quod non sit recedendum de facili ab hac forma.

Hæc cũ seruata fuisse non appareat, imo statim ad separationem ventum fuerit, merito dicimus non esse factam secundum rectum ecclesiæ iudicium.

Quod autem ecclesia fuerit decepta, patet, quia medici attestatio fuit quod iste naturaliter esset impotẽs, & propterea iudex ecclesiasticus ad separationẽ processit. Sed hęc medici attestatio confunditur, à plurium aliorum medicorum attestatione, qui contrarium dicunt, vt in themate. Ergo error manifestus est, & vbi apparet † error, constat esse redintegranda 5
connubia *c. fraternitatis. extr. de frigi. & malef.* ibi, *sententiam diuortii per errorem licet probabilem nouimus prolatam. Et ideo inter ipsam & primum virum dicimus matrimonium extitisse, &c.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Serenis. P. Duce.

ARGVMENTVM CONSILII LXX.

De interpretatione verborum quorundam. De concessione expectatiuæ. De eo qui non obseruauit contractum pro parte sua. De electo non idoneo. De pœna eligentium non idoneum.

SVMMARIA.

1 *Spectandum est quod principaliter fit.*
2 *Verba dispositiua, non autem enunciatiua inspicienda.*
3 *Quæ sunt in conditione non sunt in dispositione.*
4 *Verba quæ supponunt non disponunt.*
5 *Permissio non importat necessitatem.*
6 *Nuda pactio non obligat.*

7 *Dispositio quælibet intelligitur de primo actu.*
8 *Primogenitus portat insignia familiæ.*
9 *Secundogenitus pro primogenito non habetur eo mortuo.*
10 *Dispositio sub conditione facta eueniente conditione pro pura habetur.*
11 *Verba vbi clara sunt non est facienda voluntatis quæstio.*
12 *Actus qualitas diiudicatur ex principali intentione.*
13 *Pacta in continenti adiecta producunt actionem.*
14 *Princeps obligatur pacto nudo.*
15 *Reg. l. bonis. §. hoc sermone. de verb. obligationib. limitatur.*
16 *Milites Ioanniter Teutonici & similes habentur pro clericis.*
17 *Beneficia nondum vacantia conferri non possunt.*
18 *De eodem.*
19 *Verba generalia generaliter accipienda.*
20 *Non implens contractum pro parte sua non potest petere, vt sibi impleatur.*
21 *Qui non facit quod debet, non recipit quod oportet.*
22 *Frustra contractu nititur qui eum non seruat.*
23 *Reuocatio fieri non potest re non integra.*
24 *Nec post ius quæsitum parti.*
25 *Regula, Frangenti fidem fides frangatur, declaratur vno modo.*
26 *Declaratur alio modo.*
27 *Declaratur alio modo.*
28 *Declaratur alio modo.*
29 *Vasallus potest seruire per substitutum.*
30 *Concesso vno, concessa intelliguntur & ea sine quibus esse non potest.*
31 *Princeps promouēdo aliquem inhabilem ad officium censetur cum eo dispensare.*
32 *Priori concessioni quādo per secundam derogatum censeatur.*
33 *Principis voluntas talis præsumitur qualis de iure esse debet.*
34 *De eodem.*
35 *Vbi industria personæ requiritur non potest per substitutum exerceri.*
36 *Industria personæ quando censeatur electa.*
37 *Negocium per alium fieri nequit quando personaliter iniunctum est.*
38 *Clericus non potest feudum obtinere.*
39 *Potestas generaliter concessa aliquem præsentandi intelligitur si idoneum præsentauerit.*
40 *Omnis dispositio restringitur ad habiles.*
41 *Cap. cum Vintoniensis. de elect.*
42 *Eligentes scienter indignum priuantur iure eligendi.*
43 *Quando locum habeat.*
44 *Pœna constituenda non est nisi in casibus expressis.*
45 *Idem de Pœna priuationis.*

Domini nostri Iesu Christi suffragio humiliter implorato.

VIdimus facti speciem nobis propositā, vna cum quæstionibus eidem annexis, & diligenter considerauimus. Recte autem ordineque nos facturos putauimus, si ad singulas quæstiones argumentis in vtramque partem allatis, quantum res patietur, responderimus.

Prima quæstio est, vtrum ex pacto illo anno 1581. inito, & subsequenti deinde reuersu anni 1582. sufficienter probari possit, præmortui Commendatarii L. de P. quatuor filiis expectantiam, vt vocant, illius Commendaturæ W. ordine successiuo obligatorie promissam & debitam esse.

Videbatur prima fronte id sufficienter non probari. Nam principaliter id actum est in dicto pacto, vt conuiuii exhiberi soliti à D. Commendatario soluerentur ab eo mille taleri singulis annis. Et licet incidenter nonnulla facta mentio sit, vt eius filii post illius obitum in commendatarios suscipi possent: tamen non videbatur id spectandum esse, quia semper inspicitur † & spectari debet id, quod principaliter 1 actum est: non autem quod incidenter, & in consequentiam *l. si quis nec causam. ff. si certum petatur. l. 1. ff. de authorita. tutorum. l. verum. l. qui iniuria ff de furtis.* latissime Iason *d. l. si quis nec causam.* & ibi etiam Decius & alii.

Secundo, quia † verba dispositiua, non autē enunciatiua ac narratiua inspicienda sunt. *l. ex his verbis. C. de testam. mili. c. si Papa. de priuileg. lib. 6.* Menoch *consil.* 504. *num.* 39 *lib.* 6. Wesembecius *respons.* 73. *num.* 7. quod procedit etiam in literis Principum, vt tradit Mandosius *ad Romanum cons.* 191. *lit.* C. Crau. *de antiq. tempo. part.* 1. §. 1. *num.* 9. Wesembecius *cons.* 1. *nu.* 83. & est text. *in d. c. si Papa.* 2

Tertio, quia verba dicti pacti non sunt pura, sed conditionalia si videlicet filii post obitum patris id ab Ordine impetrauerint. Est autem iuris regula, ea quæ sunt in † conditione non esse in dispositione quia conditio nihil disponit. *l. si quis sub conditione. ff. si quis omissa causa testam. l. in damnum. §. quod prodiet. de reg. iur. l. ex facto etiam agitatum ff. de hered. instit.* Alexan. *in cons.* 126. *num.* 3. *lib.* 5 Decius *ad l.* 2. *num.* 2. *C. de eden-do.* Cæphalus *cons* 251. *num* 7. *lib.* 2. Hippol. Riminald. *cons.* 46 *num.* 30 *lib* 1 Andr. Gail. *lib.* 2. *obser.* 132 *num* 3. Wesembec. *respons.* 73. *n* 9. 3

Quarto non videbantur obstare verba sequentia, quibus pactum & conuentio continetur, vt cōmendatarius filiiq; eius loco dicti conuiuii, mille taleros soluere tenerētur. Das ernannter Comentor / vnd vff obgedachte außtrückliche Fälle seine Söhne von nun an alle vmbgehende Jahr / vns vnd vnsern Erben an stat des alten gewöhnlichen vnd schüldigen Ablägers / auß der Comptorey Wildenbruch / 1000. alte wohlgeltende Reichs Thaler / halb auff Ostern / vnd halb auff Michaelis entrichten vnd zahlen solle. Illa enim verba nihil tribuere videntur filiis, sed hoc supponere, vt si succederent in Commendatura, etiam ipsi loco conuiuii mille taleros soluere tenerentur: Nam verba † quæ supponunt, non disponunt, *dict. l. ex facto. Clem.* 1. *in fine. de prebend.* Alexander *cons.* 126 *nu.* 3. 6. *lib.* 5. refert & sequitur Marsilius *sing.* 60. Hippol. Riminald. *cons.* 25. *nu* 37. *lib.* 1. 4

Quinto, quod verba dicti pacti nullā contineant obligationem probatur. Nam ita sonant quod Serenissimus Princeps promittit, vt post obitum Commendatarii eius filii succedant, si id ab ordine impetrauerint.

Quibus verbis nulla continetur obligatio Principis, sed permissio tantum, aliud est autem promittere, siue concedere, aliud permittere Permissio enim non † importat necessitatem, *l. non qui. quod. ff de iudic.* 5 & est indifferentis actionis, quæ nec præcipitur nec prohibetur, *l. legis virtus. ff. de legib.* veluti vt vir fortis petat præmium. *c. omnis.* 3. *distinct.*

Sexto dato, quod illis verbis aliqua promissio inesset, illa tamen nuda esset, nullam aliam causam habens præter conuentionem Nuda † autem pactio 6 non parit obligationem sed exceptionem. *l. iuris gentium. §. igitur nuda. ff. de pactis.*

Septi-

Septimo, dato, quod hæc omnia cessarent, non videbatur tamen omnibus filiis Commendatarii ordine successiuo ius quæsitum esse, sed primo tantum
7 filio quia † quælibet dispositio intelligitur de primo actu. *l. boues. § hoc sermone. ff. de verb. sign. c. non potest §. 1. de præben. in 6.*

Et ideo si testator instituit Titium & post eius mortem filium suum, qui voluerit habere nomen familiæ testatoris, & eius insignia, & Titius plures ha-
8 buerit filios, solus † primogenitus si voluerit ista facere admittetur ad successionem. Guido Papæ *decis.* 467. Tiraquell. *de iure primogenitorum. q.* 64.

Hinc etiam est, vt si ex concessione feudum debet ad primogenitum peruenire, hoc duntaxat de primo
9 primogenito accipiendum sit, & propterea eo † mortuo secundogenitus pro primogenito non habebitur. Zasius *consil.* 8. *lib.* 1. & alii quos refert & sequitur Anton. Gabrielius *lib. 6 commun. concl. tit. de legib. concl. 2. num. 16.*

Verum istis non obstantibus ad hanc quæstionem ita respondemus quod ex dicto pacto 1581. inito & subsequenti reuersa, 1581. sufficienter probetur, consensus Serenissimi Principis P. &c. vt nimirum filii tunc viuentis Commendatarii post parentis mortem in dicta commendatura succedant si id ab ordine impetrauerint, atque adeo expectantiã, vt vulgo dicitur, ac spem succedendi habeant sub dicta conditione.

In hanc sententiam adducimur ex claris ac disertis verbis dicti pacti quæ hoc ipsum continent.

Quibus manifestum fit Principem permisisse, vt post obitum dicti Commendatarii filii ipsius in dicta commendatura siue commenda succedere possent, & in commendatarios recipi, si id ab ordine impetrauerint.

Ergo si hæc conditio euenerit quia videlicet ab ordine hoc fuerit impetratum, non est dubium quin
10 succedere possint, quia dispositio † sub conditione facta eueniente conditione pro pura habetur & effectum sortitur, perinde ac si ab initio pura fuisset. *l. si in pupillos. ff. de condit. insti. l. sed & si de sua. prope finem ff. de acquir. hered.* Iason *in l. penultimam colum. 2. ff. si cert. petatur. & in l. quoties in decim. colum. 3. ff. de verborum obligationib.* Parisius *consil.* 11. *num.* 64. *libro primo.* Socinus iunior *consil.* 113. *num.* 2. & 115 *num.* 1. *lib.* 2. & 160. *num.* 73. *eod. lib.* late Cæphalus *consil.* 272. *num.* 61. *lib.* 2.

11 Cum itaque verba † dicti pacti satis clara sint, non est habenda voluntatis quæstio, *l. ille, aut ille. §. cum in verbis. de leg.* 3. quocirca dicebat Baldus *in consil.* 174. *lib.* 2. quem recenset Grauetta *in consil.* 47. *num.* 2. & *consil.* 105. *num.* 2. quod vbi verba sunt clara cessant cauillationes aduocatorum: & idem Bald. *in l. continuus. § cum ita ff. de verb. obligat.* infirmitatem sensus esse omissa certitudine, indicia quærere. Et quod à verbis recedendum non sit late Menoch. *consil.* 150. *nu.* 1. & alibi *passim.*

Quibus sic constitutis non est difficile ad argumenta in contrarium respondere. Nam quod attinet ad primum, fatemur spectandum esse id quod principaliter actum est & principalem intentionem agentium spectandam esse, quantum ad hunc effectum, vt qualitas actus diiudicetur, cognoscatur. Tunc
12 enim † præualet principalis intẽtio, ita loquitur text. *in d. l. si quis nec causam.* & aliæ leges & Dd. quæ ad hoc propositum allegantur.

Sed non inde infertur & si de vno principaliter agatur, quin alia quoque incidentia pacta & conuentiones fieri possint, imo fieri posse & inesse principali contractui si in continenti fiant, ita † vt actio- 13
nem producant, exploratí iuris est, *l. iurisgentium. §. quinimo. ff. de pactis. l. in bonæ fidei. C. eod. tit. l. singularia. ff. si certum petatur.* cum aliis multis quæ adferri possent, sed res est clarior, quam vt tot testimoniis indigeat.

Ad secundum respondemus, in scriptura qua continetur dicta pacta non verbis enunciatiuis, sed dispositiuis hunc consensum exprimi & declarari, vt post obitum commendatarii filii eius succedant, si id ab Ordine impetratum fuerit, quare nihil obstat argumentum quod ex natura verborum enunciatiuorum sumebatur.

Ad tertium respondemus, verba quidem dicti pacti conditionalia esse, & consequenter ante conditionis euentum nihil disponere, sed eueniente conditione sufficienter disponere, quia, vt supra dictum est, puræ & purificatæ dispositionis idem est iudicium.

Ad quartum, fatemur illa verba sequentia nihil aliud tribuere, nisi quod in argumento dicitur, sed satis esse quod præcedentibus verbis concessa ac permissa fuerit supradicta expectatiua, siue ius succedendi in dicta Commendatura, illa enim præcedentia verba hoc disponunt, subsequentia vero supponunt, vt in argumento dicitur, sed satis est dispositum semel fuisse, vt effectum habeat dispositio.

Ad quintum argumentum fatemur, contineri dictis verbis consensum tantum dict. Principis sub illa conditione præstitum & expressum in pacto supradicto, non autem contineri expressam concessionem factam à Principe siue aliam promissionem & obligationem dicti Principis, sed consensum & permissionem duntaxat Principis, vt filii succedant.

Ad sextum non est opus responsione, quandoquidem, vt diximus non continetur aliud in pacto supra dicto, quam consensus principis. Quanquam communiter receptũ est, Principem obligari etiam
pacto † nudo ad seruanda promissa, vt tradunt Decius *consil.* 187. *num.* 8. & 291. *in fin.* Baldus *in consil.* 343. *colum.* 1. *vers. ex ista lib.* 1 Rolandus à Valle *consil.* 1. *num.* 31. *lib.* 1. pulchre Tiraquellus *de nobilitate. cap.* 10. *num.* 14 & Zasius *consil.* 10. *num.* 17. *lib.* 1. Menochius *consil.* 1. *num.* 237. *lib.* 1. Ludolfus Schraderus *de feudis part.* 10. *sectio.* 1. *num.* 48. 14

Ad vltimum argumentum respondemus, in casu nostro regulæ in argumento allatæ, pacti verba repugnare quæ in plurali numero omnes filios nõ autem vnum duntaxat comprehendũt & quando verba contrahẽtium pluralem numerum exigunt, non debent in vno tantum verificari, sed in pluribus: &
cessat † regula illa *d. l. boues. § hoc sermone.* ita Decius 15
in consil. 561. *nu.* 3 Bart. *in l. cum quidam. ff. de annuunc.* Roman. *cons.* 438. *in 4. dubio.* Gabriel. *vbi supra.*

Secunda quæstio est, an talis promissio expectantiæ de iure valeat.

Videbatur prima facie validam non esse, quia milites ordinum istorũ, videlicet Ioannitarum, † Teu- 16
tonicorum, &c. pro clericis habentur, & clericorum priuilegiis fruuntur, *c. ex part.* 1. *de decim. c. canonica. de sent. excom.* Glos. *in c. quisquis* 17. *q.* 4. & *in c. quia contingit. §. pen. de relig. dom. & in c. sciant cuncti. de elect. in* 6. Felin. *in c.* 2. *nu.* 8 *de foro compet.* Ossasc. *decis.* 17. *nu.* 18. Menoch. *cons.* 54. *n.* 17. Decian. *cons.* 51. *n.* 9 *lib.* 3. Nattaror. *cons.* 507. *n.* 1. *lib.* 3. Vasquius *lib.* 3. *controuers. illustr. c.* 105. *num.* 46. Chassan. *in Catalogo Gloriæ mundi part.* 9. *consid.* 4.

Ergo

Ergo eiuſmodi commendæ & præceptoriæ inter beneficia eccleſiaſtica recenſentur, Io. Corraſ. *de offic. electi ad beneſ part. 1. c. 3. n. 2.*

17 Ex quo ſequitur, non poſſe † conferri antequam vacent *c. 2. c. relatum. c. ex tenore. de conceſſ. preben. c. deteſtanda eod. tit. in 6. c. ne captandæ eod. tit.*

Ideoq; patronus vel collator promittere non poteſt beneficium prius quam vacet, nec illud conferre, nec aliquem præſentare † ad beneficium vacaturum,
18 Dec. *conſ. 541. num 1. & conſ. ſeq. num. 4* Abb *in c. vlt. in vlt. not. de conceſſ. preben.* Rol. à Valle *conſ. 47. num. 53. lib. 1.* Andr. Geil. *lib. 2. obſer. 155. num. 6.* Caſtr. *in l. vlt. num. 7.* Iaſ. *num. 15.* Alciat. *num. 39.* Cagnol. *num. 129. C. de pactis.* vbi poſt Barbatiam quem citat *in c. conſtitutus. de reſcript.* quæſtionem ponit de Magiſtro Rhodi, an poſſit Præceptoriam vacaturam concedere, cum id facere conſueuiſſet à tempore immemoriali; & concludit non poſſe, atteſtando ſic fuiſſe deciſum in curia Romana.

Denique eiuſmodi expectatiuæ ſublatæ fuerunt ex concilio Tridentino, *ſeſſ. 24. c. 19.*

Verum iſtis nil morantibus, contrarium reſpondemus iuri magis conſonum videri, eiuſmodi promiſſionem valere.

Pro cuius ſententiæ confirmatione præmittimus, non contineri in hac, qua de agitur, promiſſione collationem commendæ, ſiue expectantiam, quaſi filii viuentis commendatarii electi ſint ad ſucceſſionem in dicta commenda nondum vacante; ſed hoc continet promiſſio quod filii commendatarii viuentis, ſi poſt obitum parentis impetrauerint ab Ordine dictam commendam, ipſe Princeps conſentit, vt illam habeant.

Talis autem conceſſio & promiſſio nullo iure improbatur. Ceſſat enim hic votum captandæ mortis, cum viuens conſentiat, vt declarat optime Cagnol. *in d. l. vlt. n. 68. C. de pact.*

Quo fundamento ſic conſtituto, contraria argumenta vno verbo tolluntur: quia locum habent in collatione beneficii nondum vacantis, qui non eſt caſus noſter.

Tertia quæſtio eſt. Cur proxime defunctus commendatarius, pro ſua parte contractum in aliquibus non impleuerit: Præterea Duces in S. P. &c. omnia quæ in contractu prædicto conceſſa fuere retractandi poteſtatem expreſſe ſibi reſeruarunt, vtrum Sereniſſimus Princeps B. dictam promiſſionem reuocare poſſit.

Videbatur prima facie reſponderi poſſe: Primo quia in dicto pacto anni 1581. Sereniſſimus Princeps E. ſibi ſuiſque ſucceſſoribus reſeruauit poteſtatem, omnia ibi conceſſa reuocandi, & tollendi omni tempore.

Ergo etiam hoc tempore reuocari poteſt à ſucceſſore ſuo: Verba † enim generalia generaliter accipienda
19 ſunt. *l. 1 § generaliter. ff. de leg. præſt.* Bart. *in l. 2. de nouatio.* Crauet. *conſ. 308 num. 6. & 227. nu. 13. 14. & 294. num. 1. & 2.* Decian. *conſ. 35. num. 48. lib. 2.* Cæphal. *conſil. 347. n. 10. lib. 3.*

20 Secundo, quia † is qui non implet, cõtractum pro ſua parte non poteſt alterum cogere ad implendum. *l. cum proponas. la 2 C. de pact. l. quaro. § inter locatorem. ff. loca. c. fruſtra de reg. iur. lib. 6.*

21 Et qui † non facit quod debet, non recipit quod oportet. Glo. *in l. ſi in emptione. §. item ſi emptor. ff. de contrah. empt.* late Hippol. Rimin. *conſ. 231. nu. 23.* Fichard. *conſ. 127. num. 1. & 2. lib. 2.* Rolandus à Valle *conſil. 53. num. 18. lib. 1.*

Et fruſtra contractu nititur qui vel in † minimo 22
promiſſis non ſatisfecit Decius *ad d. l. cum proponas. n. 5.* Crauetta *conſ. 949. num 20.* Roland. *d. conſ. 53. nu. 29. lib. 1.* late Franciſcus Becius *conſ. 45. num. 6.* & alii Doctores paſſim.

Verum iſtis nil morantibus contrarium dicitur, nimirum non licere ſucceſſori dicti Principis E. reuocare conſenſum hoc tempore quem alias præſtitit in dicto pacto anni 1581.

Pro cuius ſententiæ confirmatione præſupponimus in facto, vnum, quod ex actis ad nos tranſmiſſis colligitur, nimirum, filium natu maiorem dicti defuncti commendatarii iam electum eſſe à Magiſtro dicti ordinis, & ſuſceptum cum conſenſu aliorum dicti ordinis. Id enim aſſerit in ſuis replicationibus ſuperior dicti ordinis, & in reſponſionibus ex parte Illuſtriſs. Principis id non negatur. Quare ſi res ita ſe habet in facto, cum res non ſit amplius integra, non videtur licere dicto Illuſtriſſimo Principi reuocare ſuum conſenſum. Nam videmus, ita iure conſtitutum eſſe, vt conſenſus qui alias † reuocari poteſt, 23
non tamen reuocari poſſit re non integra. *§ recte. Inſt. de manda'o. l. ſi mandaſſem. ff. eod. tit. l. & quia. ff. de iuriſd. omn. iud. l. ante litem. cum. l. ſeq. ff. de procura. l. Procuratoribus. C. eod. tit. l. ſi pecuniam. ff. de condict. cau. data* facit iuris reg. Nemo poteſt conſilium mutare in alterius iniuriam. *l. nemo poteſt mutare. de reg. iur.*

Cum itaque res integra non ſit, quia iam D. H. filius dicti commendatarii electus eſt, nõ videtur conſenſus reuocari poſſe. Sic dicimus conſeſſiones, negationes & alios actus ſua natura reuocabiles, non tamen † reuocari poſſe poſt ius quæſitum parti. Burſa- 24
tus *in conſ. 173. num. 67. lib. 1.* Surdus *conſ. 136. num 8. & 9.* Facit tex. *in l. ab emptione. ff. de pactis. in l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. diſced. in l. ſi quis alicui. ff. de acq. hered. in l. 1. ff. de ſi... ff. magiſtr.*

Ex his patet poteſtatem illam generaliter reſeruatam in pacto ſupra dicto anni 1581. Sereniſs. Domino Principi & ſucceſſoribus eius, ſic interpretandam eſſe, vt locum habeat re integra, non autem poſt electionẽ, factam ſecundum ſuperius allegata. Ergo ex hoc capite non eſt hoc tempore permiſſa reuocatio conſenſus & voluntatis præſtitæ, & accommodatæ.

Sed nec ex alio etiam capite reuocari nobis poſſe videtur, ex eo nimirum quod dictus D. Commendatarius, cui facta eſt promiſſio non obſeruaſſe dicatur quæ ſeruare tenebatur.

Nam licet regula ſit quod frangenti fidem fides ſit frangenda, nec vna pars contrahentium teneatur alteri ſeruare promiſſa quæ non obſeruauit, tamen recipit aliquas Doctorum interpretationes & limitationes quæ ad rem noſtram maxime nobis pertinere videntur.

Prima eſt declaratio, vt regulæ ſit locus, quando promiſſio facta fuit † ad inuicem inter contrahentes 25
correſpectiue ad eandem rem, vt ſi verbi gratia D. Commendatarius non obſeruaſſet ea quæ promiſit ex dicto pacto anni 1581. eo in caſu nec Sereniſſ. Princeps teneretur ei ſeruare promiſſa ex eodem pacto, ſecus vero dicendum vbi res eſt diuerſa & ſeparata ſunt capitula, promiſſiones & pacta, quæ ſe ad inuicem non reſpiciunt, vt in caſu noſtro. Nam D. Commendatarius non dicitur ex eo promiſſis non ſatisfeciſſe, quod non impleuerit dictum pactum anni 1581. ſed quia non impleuit alias promiſſa & conuenta quæ ſeruare tenebatur tanquam Commendatarius, ſecũdum priorem conceſſionem: nimirum, vt quo-

ties

ties pro commissione aliqua vel intra vel extra ducatum suscipienda vocatus esset à Serenissimo Duce idoneam doctam & si possibile est nobilem personam constituere deberet, quæ interea Commendaturam præfecturamque inter O.& R. administraret. ita docet Glos. *in l. si duo. ff. de dolo.* & Salycetus *in d. l. cum propon.ss. num. 1. C. de pactis.* vbi ita scribit quod vbi est idem negocium vel Capitulum, fides dicitur tunc frangi ad defensionem sui & repulsionem fraudis & doli quod licet. *l. atqui natura. §. cum ha. ff. de negot. gest. l. Papinian. §. quarta. ff. de inoffic. testam.* sed vbi capitulum vel negocium est diuersum, dicitur fieri ad vindictam & offensionem, quod non licet. *l. 1. C. vnde vi.* Salycetum refert & sequitur Alexander *ibi num. 2. in 1. limitat.* & citat Anton. Butr. & Abbatem *in cap. 3 de iureiur.* vbi citant ad hoc text. *in c. quod Deo. 33 quæstio 5.* & sequitur Decius *in d. l. cum propon. as. num. 6.* vbi citat Glos. *in c. quia frustra. de vsuris.* dicentem eum qui committit in legem non propterea amittere beneficium alterius legis, & alia quædam adducit pro confirmatione eiusdem sententiæ. Eandem declarationem sequitur ibi Alciatus *numero trigesimo primo.* & late eandem sententiam confirmat Simon Pistoris *consilio tertio.* ibi, *in 3. quæstione & quamplurimis alijs allatis.*

Secunda declaratio est, ita esse accipiendam dictam regulam, frangenti fidem, &c. vt locum habeat
26 ante contractus † executionem; nam si post rem traditam atq; adeo post contractus executionem vnus ex contrahentibus non obseruet promissa, tunc non rescinditur contractus quasi videlicet etiam alteri liceat à promissis & conuentis recedere, sed agi potest ac debet contra non implentem contractum & conuenta, vt impleat *l. non idcirco. l. ea conditione. C. de rescind. l. ... d. l. inciuile. C. de rei vindic.* vbi Baldus dicit per illum textum limitari omnia iura dicentia, non obseruanti non obseruandum, vt non procedant post factam executionem, sequuntur Alexand. *in d. l. cum propon. as in 3. limitatione. num. 4.* & ibidem Decius *in 3. limitatione.* Franciscus Becius *consil. 45 num. 35* vbi multos alios citat, quanquam & illud interim fatemur, in contractibus innominatis locum esse conditioni ad repetendum data si altera pars non impleat promissa. *l. g 5 §. & si quidem. ff. de præscriptis verbis.*

Et hæc declaratio recte ad hanc nostram facti speciem applicatur, quia iam Serenissimus Dux Castrum tradidit Ordini Ioannitarum. Ergo si Commendatarius qui defunctus est non obseruauit promissa & conuenta, non potest dux à conuentis recedere, sed agere potuit aduersus Commendatarium, vt adimpleret.

Non obstat si dicatur argumentum hoc probare quod non potuerit Dux reuocare castri traditionem factam, atque adeo commendam ipsam, non autem præstitum consensum, vt post mortem Commendatarii filius eius succederet in commenda prædicta.

Quia eadem est & maior ratio etiam respectu dicti consensus præstiti, vt filii Commendatarii succederent post mortem parentis, quia iam ab eo præstitus fuit, & nunc agitur de eo reuocando, res amplius integra non est, quoniam dicti cōsensus vigore post Commendatarii obitum iam electus est ab ordine filius eius maior natu, vt in facto præsupponimus.

Tertia declaratio est, vt quod dicitur, Frangenti fidem, non esse fidem seruandam, locum non habeat, quando is † cui fides ab altero non seruatur nihilominus perseuerat in contractu, nam perseuerando in eo videtur contrauentionem aduersarii remisisse *argum. l. quod si domin. ff lo. a. 1. & l. si fundus. §. eleganter & l. de lege. § post diem. de lege commissoria.* vbi dicitur, quod si venditio facta sit cum pacto legis commissoriæ, & post diem dicti pacti & sic post purificatam conditionem rescissiuam contractus venditor vsus fuerit contractu, videtur à pacto recessisse, & tenetur ei acquiescere nec variare potest: ita respondit Berous *consil 140. num. 14. 32. & 35. libro primo.* Franciscus Becius alios citans *dicto consilio quadragesimo quinto. num. 2.* 27

Sed in casu nostro Serenissimus D. Dux cum non seruarentur promissa non recessit à contractu, sed in eo perseuerauit: imo nobis non constat illum conquestum fuisse eam ob causam quod sibi non seruarentur promissa, aut protestatum quod vellet à promissis recedere; Ergo videtur contrauentionem si quæ fuit remisisse.

Quarta declaratio est, dictæ regulæ, vt procedat, 28
quoad consequendam ex cōtractu actionem quem agens non obseruauit, tunc enim agenti obiici potest exceptio, tu non adimpleuisti pro parte tua contractum, ita declarat Alciatus *in consil. 108. in princip.* Corneus *consil. 121. num. 18 lib. 1* Crauetta *consil. 192. num. 22. & 246. num. 1.* Franciscus Becius *d. consil. 45. num. 38.*

Sed in casu nobis proposito non agit filius Commendatarii defuncti ex priori pacto siue contractu concessione iam facta à Serenissimo Principe, quæ dicitur impleta non fuisse pro parte parentis sui defuncti, sed nititur alia conuentione & pacto, nimirum posteriore anni 1581. quo Serenissimus Princeps consensit, vt post sui parentis obitum filii succederent in dicta commenda, si id ab ordine impetrarent, ergo nihil obstat ei exceptio non implementi, de qua agitur.

Quibus ita constitutis non obstant argumenta supra in contrarium allata.

Nam quod attinet ad primum argumentum ex eo quod omni tempore D. Dux facultatem sibi reseruauerit omnia reuocandi, illud nil obstare potest, quoniam reseruatio illa ciuiliter intelligenda est, hoc est, re integra & ante electionem filiorum defuncti Commendatarii, per ea quæ superius adducta sunt.

Quod vero dicebatur in altero argumento non teneri successorem dicti Ducis obseruare promissa, quia Commendatarius non seruauit: iam refutatum est ex dictis quatuor declarationibus, quæ ad rem nostram, ita plane accommodantur, vt perspicuum sit non obstare iuris regulam in casu nostro, quia versamur in terminis in quibus illa locum habere non potest, sed dictæ declarationes locum habent.

Hæc de tertia quæstione.

Quarta quæstio est. Cum præmortui Commendatarii filius senior E. Dominus in P. quem superior ordinis inuestire cupit, modo sit annorum 18. & ad ea quæ præstare tenetur idoneus non sit, & ita prout pactum anno 1547. continet, non sit qualificatus.

Num Serenissimus Dominus Princeps nihilominus eum ad commendam admittere, & donec ad perfectam ætatem perueniat iuramentum & alia necessaria per substitutum fieri & acceptare de iure teneatur.

Vide-

Videbatur prima facie respondendum Serenissimum Principem teneri acceptare per substitutum iuramentum & alia præstanda, donec ad perfectam ætatem perueniret.

29 Primo, quia sic videmus in vasallis quod † per substitutum seruire possunt *c. Imperialem. §. firmiter. de prohib. feud. alien. per Frideric.* Et ideo clericus feudum acquirere & retinere potest, si velit per substitutū seruire domino suo, vt tradit Gloss. *in cap. 1. in vers. non valet an mutus vel alias imperf. & in cap. 1. versic. ex hoc illud.* ibi, *nisi forte, &c. de benef. femin.* quam sequitur Martinus Laudensis *in c. 1. §. & quia vidimus. qui feudum dare poss.* & Præpositus *in tit. de milite vasallo qui arma bellica deposuit.* & ibidem D. Baro Schench. Innocen. Ioannes Andr. Hostiens. Butrius & Panormitanus *in c. in præsentia. de probationib.* Salycet. *in authen. ingressi. C. de sacrosanct. eccles.* vbi asserit Doctores communiter hoc approbare Iacobinus *in inuestitura feudali. in verb. & quibuscunque. num. 4.* Syluanus *consil. 3. num. 53.* & hanc sententiam tam in Germania quam in Gallia receptam esse scribit Ioan. Hannetonius *lib. 2. cap. 3.* argumenta vero late recenset Curtius iunior *de feudis, in 2. part. 3. partis princip. versic. decimo principaliter quæro. numero decimo tertio.* Chassaneus *in consuetud. Burgundiæ. tit. Des fide. §. 5. in verbo, excepte les religieux. num. 4.*

Secundo, quia Serenissimus D. Dux in pacto supra memorato anni 1581. consensit, vt post mortem Commendatarii tunc viuentis, succederent in commenda eius filii: Ergo saltem tacite videtur consensisse, vt si per se ob ætatis infirmitatem seruire non possint, per substitutum seruiant & omnia administrent.

30 Concesso enim vno omnia † videntur concessa sine quibus illud expediri non potest *l. 2. ff. de iurisdict. omn. iud.*

31 Et Princeps promouendo aliquem inhabilem ad officium & † dignitatem scienter, præsumitur super inhabilitate illa dispensare *l. Barbarius. ff. de offic. Prætoris.* ibi, *Sed & si scisset seruum esse, liberum effecisset. l. quidam: ff. de re iudic.* ibi, *Proinde si minor Prætor vel Consul ius dixerit sententiamue protulerit, valebit. Princeps enim qui ei magistratum dedit omnia gerere decreuit. l. quæro. §. vlt. ff. de testā. tutela.* vbi seruus à domino scienter tutor datus, & libertatem & tutelam obtinet. sic & *in l. pen. C. de necess. ser. hered. inst.* seruus heres institutus præsumitur prius manumissus: atque ita omnes passim docuerunt Bartolus *in d. l. Barbarius. num. 12.* Romanus *consil. 116. num. 7.* Alexand *in d. l. quidam consulebant. num. 8. & 10.* Felinus *in c. præterea. num. 9. de testib. cogen.* Iacobus Pectæus *decis. 448. lib. 1.* Crauetta *consil. 958. numero 6* Couuarru. *in c. peccatum part. 2. § 8. versic. hinc etiam expendi. de reg. iur. lib. 6.* latissime Gabrielius *comm. conclus. lib 1. tit. de præsumptionib. conclus. 8 num. 11.* Menochius *consil. 455. lib. 5. & de præsumpt. lib. 2. præsump. 20. vbi multos alios adducit.*

Verum iis & similibus nil morantibus cōtrarium deciditur, nimirum supposito, quod electus idoneus non sit, Principem non teneri illum admittere, nec per substitutum acceptare seruitia & alia, quæ præstare tenetur.

Pro cuius sententiæ confirmatione præmittimus hoc in facto q̄ præsupponitur scili. præfatos Serenisss. Duces in S. P. ordini Ioannitarum castrū, quo de agitur, cōcessisse ac tradidisse ea lege, vt superior ordinis in castro illo Commendatarium cōstitueret & semper quotiescunque Commendatarius mortem obiret, vel alias à Commendatura discederet, alium in eius locum substituere posset his conditionibus, vt electus sit persona idonea & qualificata, Ducibus in S. P. acceptabilis atque vtilis, &c.

In hoc igitur quæstionis difficultas & cardo versatur, an ex pacto sequenti anni 1581. quantum ad filios domini Commendatarii tunc viuentis, ita illi approbati censeantur à Serenissimo Duce & eis facta spes succedendi fuerit, vt post mortem parentis succederent in commenda, quamuis idonei non essent ad ea præstanda, per se, quæ commendatario vigore prioris pacti præstanda & facienda incumbunt. Et respondemus non videri ita approbatos esse, vt succedere debeant, si minus idonei fuerint.

Primo, quia posteriori pacto non derogatur priori conuentioni, per quam requiritur, vt Commendatarius sit persona idonea & qualificata: Nullum verbum in dicto posteriori pacto continetur hac de re, sed tantum, vt filii Commendatarii viuentis succedere post illius mortem possint in commēda prædicta.

Per secundam autem conuentionem nunquam priori derogatum † censetur nisi expressum sit. *argu. l. præcipimus. in fine. C. de appellationib* Bartol. *consil. 72. ex facto. num. 3.* Decius *in l. pacta nouissima num. 5.* Alexander *in consil. 193 num. 2. lib. 6.* vbi citat text. *in l. si quis ante. ff. de acquir. possess.* & alias leges Hippolit. Riminald. *consil. 55. numero vigesimo secundo. & consil. 108. num. 4 libro primo.* 32

Secundo, quia ille simplex consensus qui in posteriore pacto continetur, vt filii Commendatarii succedāt, hanc interpretationem merito recipit scilicet si fuerint idonei; *argumen. l. vt gradatim. § & si lege. ff. de muneris. & honor.* ibi, *attamen sciendum est hoc esse obseruandum si idonei sint, &c.* Hinc dicimus generalem orationem interpretatione restringendam esse, vt comprehendat habiles ac idoneos *l. rescripto. ff. eod. tit.* ibi *toties seruari debet, quoties idoneos omnes & sufficientes esse constiterit. l. 2. §. Prætor ait 2. in ver qualiscunq. iuncta Gloss. in ver. facultatem. ff. qui satisdar. cog l. tutor. §. prodigus. ff de suspect. tutor. l. & si instrumenta. in verb. quibuscunq. & ibi Gloss. parua quæ dicit, scil. idoneis. C. de fide instr. c. 1 §. vlt. ff de iureiur. lib. 6.*

Tertio, quia voluntas Principis talis esse præsumitur, qualis de iure esse debet, & sic † iuri & rationi præsumitur esse consentanea. Sed iuri & rationi consentaneum est, vt quoties ad aliquod officium persona eligitur, quod requirit industriam personæ, non possit per substitutum illud officium, sed per se debeat illud exercere, & tale est officium Commendatarii, de quo agitur quod requirit industriam personæ: Ergo Princeps præsumitur voluisse, ita demum filios viuentis Commendatarii, post mortem parentis succedere, si essent idonei ad officium illud administrandum, quod Commendatario iniungitur. 33

Maior propositio † certa est, *l. si quando. Cod. de inoff. testam. l. digna vox. C. de legib. cap. cum à nobis. de testib. Clem. vnica. de probation.* Iason *in leg. causas. num. 6. Cod. de transact. in consil. 57. colum. penult. libr. 3.* Chassaneus *consil. 64. num. 26,* Grammatic. *consil. 34. numer. 3. & 45. num. 33. in criminalibus consiliis.* Crauetta *consil. 253. num. 4.* Calcaneus *consil 120. num. 8. & 9.* Decius *cons. 510. num. 2.* Menoch. *de præsumpt. lib. 2 præsumpt. 10. num. 6. 7. 8. & sequ.* 34

Quod autem officium quod requirit industriam personæ † non possit per substitutum administrari, certum & exploratum est, *ex cap. vlt §. vltim. de offi. de legat.* & tradunt omnes *in l. 1. ff. de offic. eius cui mand. est iurisd.* 35

iurisd. quemadmodum & commendatarii officium industriam personæ requirere dubitari non oportet, cum grauia & ardua illi negocia incumbant, nimirũ administratio præfecturæ inter Oder & Randau, & alia etiam, pro seruitio Principis: cum supponatur esse tanquam Principis Consiliarius, item alia expedienda, quæ late in actis ad nos transmissis deducuntur.

Nam industria personæ censetur electa quoties
36 mandatur † factum quod sui natura graue est & arduum *c. is cui. de offi. deleg. libro sexto.* Felinus *in c. vlt. §. vlt. in 2. notab. de offi. deleg.* Iason *in l. more. num. 65. ff de iurisdict. omn iudi.* Menoch. *de arbitr. iud quæstio 68. num. 15 & libro secundo præsumpt. 21. num. 4. & lib. 6. præsumpt. 92. num. 13.*

Quarto confirmatur hæc sententia nostra ex verbis ipsius pacti initi anno 1581. non solum enim potestas ex illo non conceditur futuro commendatario post mortem tunc viuentis Commendatarii per substitutum seruiendi, verum etiam tacite adimitur. Cuius rei fortissimum argumentum est, quod ita pacto conuentum est, vt si Commendatarius futurus abesse contigerit, tunc possit commendaturam & præfecturam per substitutum, idoneum tamen, exercere & administrare. Non aliter ergo per substitutum administrare poterit quam si abesse cœperit, sic argumentatur Papinianus *in l. 1. versic. huius rei fortissimum est argumentum, &c. ff. de offic. eius cui mand. est iurisd.*

Quinto, imo in eodem pacto dicti anni 1581. ita cautum est, vt licet permittatur tam præsenti quam futuro commendatario si abesse cœperint alios substituere, non tamen id trahi in consequentiam possit, vt solum per substitutum & non in propria persona seruire possint.

Et licet hoc pactum necessarium non esset quia satis cautum erat à contrario sensu, vt commendatarius non aliter aliũ substituere posset q̃ si abesse cœpisset, tamen ex iis verbis satis magnum argumentum colligitur, ita inter partes actum esse, vt per substitutum commendatura & præfectura administrari non posset, quia scilicet personaliter ab ipsis Commendatariis pro tempore debeat exerceri. Et inter omnes constat quando expresse actum est, vt per-
37 sonaliter negocium ab † aliquo expediatur non posse alium substitui *l. inter artifices. ff. de solut. cap. vltim. §. is autem. de offic. deleg. cap. cum dilecta. §. dictum. de rescript.* late Menoch. *libro secundo. præsumptio. 21. numero sexto.*

Quibus ita constitutis non obstant argumenta superius in contrarium allata. Nam ad primum respondetur, vt maxime vera esset illorum sententia, qui voluerunt, clericum posse feudum obtinere si
38 per substitutum seruire velit, quam magis † communiter reprobari adductis authoritatibus late probat Hartmannus Pistorius, *libro secundo. quæstio. initio, parte poster quæstio.* 33. ad casum tamen hunc nostrum non pertinere in quo non de feudi concessione agitur, sed de negocio longe diuerso quod requirit industriam personæ, & ideo nec per substitutum expediri potest, siue legis dispositionem ac ordinem spectemus, siue partium conuentionem & voluntatem.

Ad secundum argumentum respondetur, illud nullius plane momenti esse in casu nobis proposito propter duas causas. Prima est, quia etiamsi Serenissimus Dux dum permisit, vt post mortem viuentis Commendatarii illius filii succederent sciret esse tũc inhabiles, tamen scire non poterat, an post mortẽ Commendatarii eorum patris, qui tunc viuebat, futuri essent habiles nec ne: ideo in dubio præsumendum est eum voluisse, ita demum filios post Commendatarii parentis mortem admitti si forent idonei. Sic enim & iuri & rationi & menti paciscentis Principis consentaneum nobis videtur, quare authoritates & leges in argumento allatæ ad rem nostram non possunt accommodari, loquuntur enim quando Princeps scienter aliquem promouet inhabilem, qui scilicet inhabilis est eo ipso tempore quo promouetur, Principe id sciente & volente nihilominus, vt officium exerceat, tunc merito dispensare videtur, vt etiamsi sit inhabilis tamen officium obtinere possit.

In hoc casu nostro non versatur consultatio, sed in alio longe diuerso, vt ex dictis patet.

Altera est causa quia Princeps ita paciscendo cum viuente Commendatario parente huius D. H. nunc electi, nihil aliud promisit, quam, vt succedere possent filii dicti Commendatarii si id ab ordine impetrarent: sed non propterea ordini dedit aut dare voluit, imo nec potuit potestatem dispensandi super inhabilitate filiorum, itaque nullam formam ordini præscripsit, quam in electione & admissione seruare deberet, sed rẽ reliquit sub iuris dispositione & aliorum pactorum antea initorum, quam si spectemus, requiritur, vt eligendus sit idoneus. Sic dicimus potestatem alicui in genere concessam † ali- 39
quem præsentandi, intelligendam esse, si idoneum præsentauerit *c. causam quæ de elect.* & ibi Panormitan. *in vltim. not.* Decius *consil. 541. numero quarto.* & faciunt alia superius allata quibus probatur omnem dispositionem † restringendam esse de habilitate. *l. rescripto. l. vt gradatim. § & si lege. ff de munerib. & honorib. cum aliis superius allatis.* 40

Hæc de quarta quæstione.

Quinta quæstio est, quoniam † superior ordinis, 41
personam minus idoneam ad prædictam commendaturam nominauit & elegit, num ex eo iuris eligendi potestate priuari possit illudque Ducibus in S. P. &c. accrescere debeat & possit *iuxta c. cum Vintoniensis. de elect.* & Modestin. Pistor. *consil. 44. quæstio. 2. lib. 2.*

Videbatur prima, quod aiunt, facie respondendum, superiorem † ordinis priuandum esse eligendi 42
potestate *ex dict. cap. cum Vintoniensis. & cap. cum in cunctis. §. vltim. de elect. cap. perpetuo. eod. titul. libro sexto.* quibus in locis constitutum est ex Lateranensi concilio, eligentes scienter indignum priuandos esse iure & potestate eligendi pro prima vice, à quo non procul abest quod Iustinianus statuit *in §. si qui Oratorii. in Nouell. de sanctis Episcop.* si qui Oratorii domum fabricauerint & in ea voluerint clericos ordinare, si quidem dignos denominent, ordinentur, si vero qui ab eis eliguntur, tanquam indignos prohibeãt sacræ regulæ ordinari, tunc Sanctissimus Episcopus quoscunque putauerit meliores ordinari procuret, &c. quibus verbis Imperator indicat potestatem ordinandi ad Episcopum transferri quoties ab alio indigni ordinati fuerint.

Et ita late respondit Modestinus Pistorius *in consil. 44. lib. 2.*

Quibus tamen non obstantibus contrarium in proposita facti specie deciditur & fundamentum nostrũ est, quia pœna Lateranensis concilii locũ ha-
43 bet in eos, qui ad Episcopatum † vel ad alia officia ecclesiastica curam animarum habentia, quæ beneficia curata dicuntur, quenquam indignum elegerit, vt patet *ex d. c. cum in cunctis. §. inferiora.* ibi, *Diaconatum, Archidiaconatum, & alia quæ curam animarum habent annexam, parochialis ecclesiæ, &c.* non igitur extendi debet ad casum hunc nostrum, in quo agitur de Commendatario eligẽdo cuius officium non habet annexam curam animarum. Nam in pœnis non debet fieri extensio. Odia enim restringi & fauores conuenit ampliari. *cap. odia de regul. iur. lib. 6. l. interpretatione. l. præses. ff. de pœnis.* Glos. *in cap. 1. de tempo. ordin. in vers. Italiæ. in 6 & in c. si postquam. de elect. eod. lib. vers. veniret.*

His accedit vulgatum illud axioma: pœnam nun-
44 quam statuendam † nisi expresse cautũ sit, *l. at si quis. §. diuus ff. de relig. & sumpt fun. §. cum igitur. in auth. de non elig. secundo nuben.* quam rem late exornat Menoch. *de arbit. iud. casu 275.*

Et rursus alterum axioma, priuationis pœnam in-
45 dicendam † non esse nisi in casibus in iure expressis late Ripa *in rub. de iud. num. 15.* Alexand *in l. etiam. numero septimo. ff. solut. matrimon* Iason *in l. diuortio. §. si fundum. colum. 2. ff. eod. tit.* Decius *ad rub. de iud. & consil. 19. num. 3.* Cæphalus *consil. 407. num. 44. lib. 3. & 327. num. 21. eod. lib.*

Denique in hac facti specie illud etiam perpendimus, quod superior ordinis probabilem habuit causam errandi in eligendo filium mortui Commendatarii, propterea, quod ex dicto pacto anni 1581. cautum fuerat, vt filii dicti Commendatarii post eius mortem succedere possent, si id ab Ordine impetrarent. Ex hoc enim potuit credere iam filios approbatos esse, & admissos à Principe ac proinde non esse amplius quærendam an digni & idonei essent. *argumen. l. disputare. C. de crim. sacrileg.* quamobrem excusatione dignus nobis visus est, doloque & mali-
46 tia carere ob quas causas † sine dubio pœna priuationis constituta est, vt patet *ex d. c. cum in cunctis. §. vlt. de elect.*

Ex quibus simul apparet contrarium argumentum non obstare, cum in aliis casibus loquatur: & ad hoc, vt pœnæ sit locus, necesse sit legibus expresse id contineri.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Fratribus Carmelitanis.

ARGVMENTVM CONSILII LXXI.

Agitur de alienatione rerum ecclesiasticarum facta sine consensu Papæ, an valeat ob lapsum temporis longiss. De mala fide impediente præscriptionem heredis. Et de restitutione in integrum ecclesiæ, aduersus præscriptionem.

SVMMARIA.

1 *Iudicium est idem licet personæ mutentur.*
2 *Mala fides præscriptionem impedit.*
3 *Etiam temporis immemorialis.*
4 *In mala fide est is qui emit non seruatis debitis solennitatibus.*
5 *Ex lapsu temporis longissimi præsumitur consensus Papæ.*
6 *Si Papa scientiam habuerit alienationis.*
7 *Papæ consensus requiritur in alienatione rerum ecclesiasticarum.*
8 *Mala fides allegari non potest post longissimum tempus.*
6 *Fallit in mala fide vera.*
10 *Veritas semper attendenda, non autem consuetudo.*
11 *Titulus alienationis rei ecclesiasticæ vitiosus dignoscitur ex eo quod non appareat consensum Papæ interuenisse.*
12 *Heres præsumitur esse in bona fide.*
13 *Mala fides defuncti nocet heredi præscribere volenti.*
14 *Restitutio in integrum datur ecclesiæ, læsæ per præscriptionem intra quadriennium.*
15 *Quod currit à die scientiæ.*
16 *Mutatio Prælatorum ecclesiæ, iusta ignorantiæ causa est.*

Iesu Christi Domini nostri suffragio humiliter implorato.

IN præsenti causa Reuerendorum Patrum Carmelitanorum, duæ principales dubitationes excitantur quarum altera processus formam respicit, altera vero causæ merita. Et licet doctissimæ sint, & succi plenæ, eis tamen satisfacturum me confido.

Et quod attinet ad primam circa formam processus; non est dubium, quin vera sint quæ in motiuis continentur, cum duo sunt iudices, sententiam esse ferendam ab vtroque, vel ipsis discordantibus à quolibet eorum. Sic enim iure cautum & constitutum est, sicut optime in motiuis deducitur; sed in præsenti casu, de quo agitur, non versamur in pluribus iudicibus simul constitutis vel datis ad causam cognoscendam ac terminandam. Non enim Reuerendi Domini Vicarius & Decanus constituti fuere ambo conseruatores siue iudices, nullo modo id dici potest. sed res ita se habet, Reuerẽdus Dominus Vicarius erat iudex siue cõseruator, cum processus fabricaretur. Postea mutatio facta est ipsius, & conseruator esse desiit, successitque in ipsius locum Reuerendus Dominus Decanus, quo fit, vt vnum & idem iudicium † esse dicatur, licet personæ sint 1
mutatæ *l. proponebatur. ff. de iudic. c. quoniam Abbas. de offic. deleg.* ac proinde processus fabricari potuerit coram vno, & sententia ab altero ferri, & hoc certe nullam habet prorsus difficultatem, quotidie enim videmus processus fieri coram vno iudice & causas expediri per eius successores in officio. Itaque vlterius non insisto cum sciam rem hanc cognosci à doctissimo Assessore, cui hæc sunt notissima.

Venio igitur ad alteram dubitationem, quæ maioris est momenti & magis vrget, videlicet ad præscriptionem longissimi temporis, quadraginta annorum, quæ regulariter omnibus ecclesiis obstat, Romana excepta, quæ centum annorum præscriptione gaudet.

Non

Non nego, quin lapsum sit hoc tempus longissi-
mum 40. & amplius annorum in proposita facti spe-
cie, & fateor verissimam esse iure nostro supradi-
ctam conclusionem, sed dico eam limitari, vt non
2 procedat, quando præscribens † est in mala fide:
tunc enim præscriptio nulla esse potest cap. vigilanti.
cap vlt. de præscriptionib. cap. possessor malæ fidei. de regulis iu-
ris. in 6.

3 Etiamsi tempus † immemoriale sit, quia omnis
præscriptio excluditur per dictos textus iuris Cano-
nici, & ideo data mala fide præscriptionem etiam
temporis immemorialis non currere, docuerunt
Glos. in cap 1. in versic. nisi. de præscriptionib. libro sexto.
Balb de præscriptionib 2 part. 3 partis princip. quæst 6 Cra-
uetta consil. 146. Couuarru. in cap. possessor malæ fidei. in
2. part § 8 num. 4 de regul. iur. libro sexto. Afflictus decis.
368. num 10. Antonius Gabrielius commun. conclus. tit.
de præscriptionib. conclus. 1. num. 57. versic. contrarium. &
num 59.

Sed in casu nostro possessor fuit in mala fide, quia
res ecclesiasticas ex contractu habuit absque iuris so-
lennitatibus, quæ requiruntur in alienatione rerum
ecclesiasticarum, ergo præscribere nullo tempore
potuerunt.

4 In mala fide esse eum, qui emit † vel acquirit res
sine solennitatibus iure requisitis certum est, ex leg.
quemadmodum C. de agricolis & censitu. lib. 11 Glos. in l. 1.
versic. malæ fidei C. de fide instrum. & iure hastæ fiscalis. lib.
10 c. qui contra iura. de regul. iur. in 6. Menoch. de arbitr.
iud. casu 225. num. 6. Rodoanus de reb. eccl. non alienan. in
versic. mala fides. num. 3.

Nec obstat, si dicatur ex lapsu tanti temporis præ-
5 sumi solennitates † extrinsecas & præcipue consen-
sum Summi Pontificis ex traditis per Rotam Ro-
busterii decis. 79. in 2. part. in nouissimis. Gabriel. consil.
86 num. 51.

Quoniam respondetur hæc esse vera si probare-
6 tur scientia Papæ, probata enim † scientia tunc præ-
sumitur consensus eius ex longissimo tempore, alias
non, vt alias etiam respondi, ex traditis per Alexan-
drum in consil. 9 num. 8. lib. 3. Felinus in c. sicut. num. 33.
versic. bene fa. cor. de sentent. & re iud. Vrsillus ad Afflict.
decis. 305.

Cum igitur de iure notum sit in alienatione re-
7 rum ecclesiæ † consensum Papæ requiri, vt in extra-
uag. ambitiosæ. de reb. eccles. non alienan. & alibi. nec ap-
pareat adhibitum fuisse talem consensum in ipsa
alienatione, vel ante alienationem, vel post inter-
uenisse, aut scientiã dictæ alienationis habuisse præ-
fatum S. Pontificem, sequitur aduersarios esse in
mala fide, vt dictum est.

8 Secundo, non obstat si dicatur, malam fidem † al-
legari non posse post longissimum tempus, quia pos-
sessor præsumitur fuisse in bona fide, & omnis suspi-
cio malæ fidei purgata esse videtur, ex doctrina Bar-
toli in l. vltima. Cod. vnde vi. Roman. consil. 107. in princip.
Menoch. de recuperatio. remed. 15. quæstio. 33. num. 418.
Rodoan. in versic. mala fide. num. 6. de rebus eccles. non
alien.

Quia respondeo hoc esse verum, quando allega-
9 tur mala fides præsumpta, secus † si mala fides ve-
ra quæ apparet ex titulo nullo & vitioso, vt tradit
Mascard. de probatio. vol. 3. conclus. 1371. num. 38. & num.
43. & num. 63.

Præclare enim S. Augustinus in c. veritate. distinct.
10 8. Veritate manifesta, cedat consuetudo veritati. & alibi in
se. c. si consuetudinem fortassis opponas aduertendum est. quia
dominus dixit, ego sum via, veritas & vita: & non dixit, ego
sum consuetudo sed veritas. & certe, vt B. Cypriani vta-
mur sententia, qualibet consuetudo quantumuis vetusta,
quantumuis vulgata, veritati est omnino postponenda, &
vsus qui veritati est contrarius, est abolendus. c. si consuetudi-
nem. eadem distin.

Cum igitur in casu nostro titulus appareat nullus
& vitiosus, ob defectum consensus Papæ, qui requi-
ritur in alienatione rerum ecclesiæ, merito dicen-
dum est, longissimi temporis præscriptionem nihil
operari. Et quod titulus sit nullus & vitiosus, patet
ex eo † quod ex ipso instrumento alienationis & 11
eius lectura apparet non interuenisse consensum Pa-
pæ, ita argumentatur Afflictus decis. 107. & 161. Vr-
sillus. Crauetta consilio centesimo trigesimo quarto. nume-
ro quadragesimo quarto. Borgnin. decisio. 29. num. 24. in
2. parte.

Tertio, non obstat si forte obiiceretur, possesso-
rem qui tunc in iudicio conuenitur esse in bona fide,
quia † successit in locum patris sui. l. qui in alterius. de 12
reg. iur. & ideo præscribere posse ex sua persona, non
obstante mala fide defuncti.

Quoniam communis est sententia Doctorum,
heredem præscribere non posse, licet sit in bona fi-
de, id quod defunctus non potuit, & sic † quod 13
mala fides defuncti noceat heredi & successori et-
iam existenti in bona fide, Balbus qui testatur com-
munem esse de præscriptionib. in secunda parte. 3. partis
principalis. quæstio. 12. post num. 12. Antonius Butrius, Pa-
normitanus, & Felinus in cap. si diligenti. de præscriptio-
nib. Imola in cap. vltim. eod. titul. Alexand. & Iason in l.
Pomponius. § cum quis. de acquir. poss. ff idem Alexander
in consilio octuagesimo quarto. libro primo. & consil. 4. &
consil. 89 & 213. libro secundo & consil. 63. & 99. lib. 4. Ro-
man. consil. 204.

Sed dato quod præscriptio fuerit completa &
currere potuerit contra ecclesiam istam, non tamen
concesso, nihilominus certum est, ex communi sen-
tentia Doctorum, ipsi ecclesiæ concedendam esse
in integrum restitutionem, aduersus hanc † præscri- 14
ptionem quadraginta annorum, sicut plurimis au-
thoritatibus adductis hanc esse communem & ma-
gis communem Doctorum sententiam testatur Od-
dus de restitutio. in integr. parte secunda. quæstio. 90. ar-
ticulo 3.

Non obstat quod dicitur, quadriennium esse la-
psum & vltra, quod concessum est ecclesiæ ad pe-
tendam in integrum restitutionem: quia aduer-
tendum est, huiusmodi quadriennium non curre-
re † nisi ex die scientiæ, vt tradit idem Oddus ex 15
communi sententia in dict. tractat. de in integrum resti-
tut. parte prima. quæstio. 20 articul. 4. vbi numero trige-
simo nono. scribit quod etiam si centum anni & vltra
currerent ex die læsionis, nihilominus quadrien-
nium hoc non curreret nisi à die scientiæ; & hoc
probat quamplurimis authoritatibus, quas non pu-
to huc transferendas esse, cum videri possit author
prædictus.

Hac conclusione sic stante dico istud quadrien-
nium ecclesiæ non cucurrisse nisi ex die scientiæ, id
est, ex die quo Reuerendi Patres, qui nunc præsunt,
habuerunt notitiam iurium ecclesiæ & præscriptio-
nis istius secutæ.

Hæc autem scientia non est probata in proces-
su, & iuris præsumptio est, quod ignorauerint iura
ecclesiæ, & hoc quia non sunt iidem prælati & reli-
giosi qui tunc aderant, sed alii diuersi, ob frequen-
tiam mutationis prælatorum, sicut omnibus est no-

tum, & in hac ciuitate & in aliis mutari solere priores & alios Prælatos in monasteriis.

Huiusmodi prælatorum mutatio dicitur esse causa † iuste ignorantiæ iurium ecclesiæ, & ob id in causa esse, vt restitui ecclesia possit, etiam post quadriennium. Rodoanus *de rebus ecclesi. non alienan. in quæst. de restitutionib. in integrum. in princip. numero decimo octauo.* Natta *consilio 525. numero quadragesimo quinto.* & alii quos in hanc sententiam refert & sequitur Oddus, *de restitutionib. in integrum. parte prima. quæstio. 19. articulo 9.*

16

Ex his concludo præscriptionem non obstare Reuerendis Patribus, & dato, non tamen concesso, quod cucurrisset, eos in integrum restituendos esse aduersus dictam præscriptionem, & ex his satisfactum esse doctissimis motiuis. Saluo, &c.

Andreas Fachineus IC. & Professor ordinarius in almo Gymnasio Pisano.

Pro Illustri D. Mario Casali Senatore Bononiensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXII.

Agitur de ratificatione cōtractus, an & quando ex facto inducatur.

SVMMARIA.

1 *Liber priuatus non probat contra tertium.*
2 *Ex receptione census quando inducatur ratificatio.*
3 *Ratificatio tacite inducitur ex iis quæ fieri non possunt citra animum ratificandi.*
4 *Ratificatio non inducitur nisi data scientia certa.*
5 *Et legi debet tenor instrumenti.*
6 *Ignorantia præsumitur.*
7 *Verba enunciatiua non probant.*
8 *Ratificatio tacita non sufficit vbi ex cōuentione partium requiritur expressa.*
9 *Ratificatio tacita requirit easdem solennitates quas expressa, & ideo minoris ratificatio tacita non valet.*
10 *Verba debent intelligi cum effectu.*
11 *Paria sunt non ratificare vel nulliter.*
12 *Libellus declaratur ex articulis & processu.*

Christi nomine inuocato.

SEntentia lata per Clarissimum Dominum Commissarium Pisanum ad fauorem Domini Casalis contra Dominum Ceulum, videtur confirmanda per Magnificos DD. Priores, non obstantibus iis quæ nouiter deducta sunt & exhibita ad probandam ratificationem D. Curtii de Curtis.

Et primo, quia dicta receptio census per quam intendit Dominus Ceulus ratificationem probare, non est iustificata per exhibitas partitas libri Domini Petri de Ceulis, quibus continentur rationes inter dictum Dominum Petrum & Dominum Curtium. Liber etenim priuatus † non probat contra tertium, qualis est Dom. Casalis, Felin. *inc. 2. num. 32. de fide instr.* Mascard. *de probationib. volum. 2. conclus. 977. in princip.*

1

Secundo dato, quod probaret (non tamen concesso) non propterea probatur ratificatio. Nam per receptionem census ita demum inducitur ratificatio, quando actus gestus est cum eo qui debet ratificare, non autem cum alio. Itaque debuisset ipsemet Dominus Curtius recepisse censum à Dominis Casalibus, vt inde resultaret tacita ratificatio, quod factū non est, sed Dominus Petrus Ceulus censum accepit, & Dominus Curtius illum in rationibus initis cum Dom. Petro compensauit, quod procul dubio potuit fieri † citra animum ratificationis, ad tradita per Hieronymum Gabriel. *consil. 36. num. 57. libro primo.* 2

Tertio, quia Dominus Curtius per receptionem census prædicti, non habuit animum ratificādi venditionem factam à Domino Petro eius tutore, id patet ex contradictione expressa: namque iudicialiter egit ad rescissionem & annullationem huiusmodi contractus, vt patet ex processu Romæ agitato: in quo tres sententiæ continentur in fauorem ipsius D. Curtii, pro rescissione contractus. Non enim ex facto inducitur ratificatio cum quis expresse contrauenit. Buttrius *consil. 128. num. 8.* Surdus *decis. 261. numero 9.*

Non potest igitur ille actus quem fecit cum Domino Petro Ceulo eius tutore vel curatore videri factus animo ratificandi hunc contractum: quia animus declaratus fuit aperte ex lite mota quod non voluit ratificare dictum contractum.

Et hoc est, quod Doctores dicunt factis induci ratificationem quando talia sunt, quæ fieri † non possint citra animum ratificandi, Crauetta *in consil. 197. num. 12.* 3

At ille actus gestus inter Dominum Curtium & Dominum Petrum Ceulum, potuit fieri citra animum ratificationis huius contractus, vt patet, quia nihil impedit quo minus impugnetur cōtractus ille, & tamen firmæ maneant rationes inter Dominos Curtium & Petrum. Acta enim inter alios aliis neq; nocent, neq; prosunt, *toto tit. res inter alios acta. 2.*

Quarto, non inducitur ratificatio, nisi data scientia † contractus qui debet ratificari, & quidem certa, non autem in genere vel præsumpta: nam debet haberi certa notitia contractus cum omnibus in eo contentis, Crauetta *consil. 197. num. 14.* vbi dicit oportere constare quod fuerit lectus † tenor instrumenti contractus ei qui ratificare debet, & idem scribunt Natta *consil. 636. numero centesimo nonagesimo quarto.* Syluanus *consil. 93. num. 12.* Tobias Nonius *consil. 89. num 38.* Hieronym. Gabriel. *consil. 36. num. 60.* in terminis Ruinus *consil. 63. num. 23. libro primo.* quem refert & sequitur alios citans Menoch. *de recuper. remed. 15. num 123.* Osasc. *decis. 119. num. 18. & 176. num. 4.* idem Menoch. *consil. 404. num. 13.* vbi loquitur in terminis nostris. 4 5

Sed de tali scientia Domini Curtii non apparet, ergo ignorantia † præsumitur. *l. verius. de probationib. c. ignorantia. de regul. iur. lib. 6.* & per consequens ratificatio non intelligitur esse facta per dictam receptionem census. 6

Etenim illa verba enunciatiua, quæ continentur in rationibus nuper productis, quod scilicet Dominus Ceulus receperit à DD. Casalibus centum, *à conto della casa*: non probant scientiam in specie, qualis requiritur, hoc est, certam, expressam, specificam totius contractus cum omnibus in eo contentis: sed est tantum quædam scientia in genere, quæ non sufficit, vt patet ex prædictis.

Et pos-

Et posset etiam dici quod nec talis scientia in genere probatur per dicta verba enũciatiua: Nam verba † enunciatiua inter aliquos prolata non probant cõtra tertium *l. ex hac scriptura.* vbi Bart. & alii *de donationib.* Dec. *in authen. si quis in aliquo. num. 31. cum seqq. C. de eden.*

Hic autem sunt verba enunciatiua inter alios prolata, hoc est, inter D. Petrum Ceulum & Curtium, ergo non probant contra D. Casalem.

Quinto, cum in instrumento venditionis D. Petrus tutor promiserit, quod D. Curtius ratificabit & quod dabit instrumentum ratificationis contractus cum omnibus in eo contentis: alias teneri voluit ad omnia damna & interesse, vt in instrumento res mihi videtur clarissima in fauorem D. Casalis, quia non dedit tale ratificationis instrumentum, imo D. Curtius contrauenit expresse, & obtinuit dicti contractus rescissionem.

8 Et quod non sufficiat in his terminis † tacita ratificatio, ex receptione fructuum, tradit Berous *in consil. 38. num. 42. lib. 1.* Bertazol. *de claus. clau. 4. glossa 18.*

His accedit iuramentum quod obligat præcise ad factum Ripa *in l. 2. §. mutui datio. num. 18. si cert. pet.* Nec sufficit adimpleri per æquipollens Glos. *in l. si pecuniam in vers. necesse.* & ibi Iason *num. 23. de cond. ob cau.* Seraphinus *de priuileg. iuramenti, priuilegio 74. numero 2.*

Et præsertim quia non resultat idem effectus ex tacita ratificatione qui resultat ex expressa ratificatione per publicum instrumentum.

Nam illa tacita prætensa ratificatione non obstante, D. Curtius contrauenit & petiit contractum rescindi, quod facere non potuisset, si solennem ratificationem per instrumentum fecisset in forma solita cum iuramento & aliis clausulis apponi solitis, vt patet ad sensum, & tradit D. Menoch. differentiam constituens inter tacitam & expressam ratificationem *in consil. 561 num. 18. cum seqq.*

Postremo in ratificatione requiritur eadem solennitas quæ requiritur in ipso contractu conficiendo, qui ratificari debet, adeo, vt minoris tacita † ratificatio nihil valeat. Berous *in consil. 134. num. 5. libro primo.* Surdus alios citans *in consilio vigesimo nono numero 121. cum sequentib. libro primo.* Menoch. *d. consil. 404. num. 13.*

9

Cum igitur d. Curtius tempore huius assertæ tacitæ ratificationis adhuc esset minor & sub cura Domini Petri de Ceulis, non valet dicta ratificatio tacita.

Et hæc ratio esse potest, cur fuerit conuentum inter Doctores Casales ex vna, & Dominum Petrum Ceulum ex altera, vt ratificationis instrumentum exhiberetur, quia scilicet intellexerunt de valida & solenni ratificatione, quæ operatur, vt actus rescindi nequeat, nec possit vlterius contraueniri, non autem fuerunt contenti tacita illa ratificatione per receptionem pensionis vel aliter à minore facta, quę nihil valet.

10 Verba enim contrahentium debent † intelligi cum effectu. *l. quoties ff. qui satisd. cog. l. 1. §. hac autem verba.* & ibi Iason *num. 6. ff. quod quisque iuris.*

11 Et paria sunt non ratificare † vel nulliter ratificare *d. l. quoties. cum aliis vulgar. iuribus.*

Quamobrem dicta tacita ratificatio nullius plane momenti mihi videtur.

Quædam alia obiiciuntur cõtra D. Casalem, quæ & aliis obiecta fuere, & facile diluuntur.

Primum, quod Dominus Petrus Ceulus tutor Domini Curtii non fuit obligatus de euictione domus venditæ, nisi tutorio vel curatorio nomine, vt in instrumento venditionis apparet. ergo si domus fuit euicta non potuit D. Balthasar Ceulus eius heres hoc nomine conueniri.

Respondeo in instrumento venditionis duas contineri obligatione D. Petri Ceuli, vnam tuto› & curatorio nomine in casu euictionis, & ista nunc non est fundamentum intentionis D. Casalis: quia nemo euicit domum ei venditam iure dominii vel aliter, ad quem casum pertinet illa obligatio Domini Petri Ceuli tanquam tutoris & curatoris dicti Domini Curtii.

Altera est obligatio eiusdem D. Petri, quam fecit suo proprio nomine, quod D. Curtius ratificabit venditionem factam ab eo tutorio seu curatorio nomine, & quod dabit instrumentum ratificationis, alias voluit teneri de suo proprio, vt patet ex d. instrumento venditionis.

Hæc est illa obligatio in qua fundamentum suum D. Casalis constituit. Nam si D. Curtius ratificasset vere & cum effectu dictam venditionem factam, & per instrumentum publicum, non potuisset contrauenire sicut fecit, intentando iudicium contra DD. Casales, & obtinendo rescissionem contractus per tres sententias conformes.

Cum igitur ob dictam ratificationem non secutam multa damna passus fuerit D. Casalis, in processu liquidanda, succedit obligatio D. Petri Ceuli & per consequens D. Balthasaris eius heredis, ad ista damna resarcienda præfato D. Casali, iuxta formam publici instrumenti, in quo continetur dicta obligatio præfati D. Petri Ceuli.

Alterum quod obiicitur est quod D. Curtius egit propter læsionem ex venditione illatam quod videtur ei licuisse, etiam si ipsemet vendidisset, iuxta *l. 2. cum ibi notatis. C. de rescin. vend.*

Respondetur D. Curtium non egisse ad rescissionem contractus *ex l. 2. C. de rescin. vend.* Nullum enim verbum de hoc in toto processu, sed egit simpliciter ad rescissionem contractus & annullationem eius, quod & obtinuit.

Et licet in supplicatione faciat mentionem læsionis, non tamen dicit læsionem fuisse circa precium etenim nullum verbum de precio, nec de læsione vltra dimidiam iusti precii.

Sed læsio quam ipse narrat quæ fuerit, declaratur ex articulis & positionibus ab eo factis, quia scilicet domus fuerit vendita sine iusta causa, & causæ expressæ in instrumento & contractu ipsius venditionis falsæ fuerint.

Libellus enim generalis declaratur † ex articulis & probationibus & ex prosecutione ipsius libellantis, pulchre Rolan à Valle post alios quos citat *in consil. 41 num. 24. cum seqq lib. 3.* Iason *in l. 1. num. 10. ff. de offic. assess.* 12

Itaque ex prosecutis & ex probationibus apparet non fuisse actum *ex l. 2. C. de rescin. vend.* sed ad nullitatem contractus gesti per tutorem, tanquam ex falsa causa, & sine necessitate, & causis legitimis alienauerit rem immobilem ipsius minoris, quo casu alienatio est nulla, *toto titul. de reb. cor. & toto tit. Cod. de prædiis minor.*

Et ita pronunciatum fuit, ex ipsisque sententiis apparet hæc fuisse verissima, quia si actum fuisset ex læsione vltra dimidiam, aliter sententiæ erant concipiendæ, scilicet alternatiue, nisi suppleretur iustum

Ff 3 precium

precium rescindi alienationem, vt habetur *in d.l.2. C.de rescin. vend.* qua tamen de re nullum verbum in dictis sententiis.

Et probanda etiam fuisset læsio circa precium, quod factum non apparet in processu. Nullum enim de hoc verbum in toto processu.

Ex his concludo sententiam Clarissimi D. Commissarii iustissimam esse, & propterea confirmandam, & sic confido propter singularem Excellentissimi D. Assessoris integritatem & doctrinam, qui si qua in re hæsitauerit quod certo non credo futurum dignabitur dubia ex more proponere, vt satisfieri possit, sicut & reliqua supplere. *iuxta tit. C. vt quæ desunt aduo iudex suppl.*

Andreas Fachineus Pisis,
nomine Collegii.

Pro Illustrissimo D. Mario Casali Senatore
Bononiensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXIII.

De obligatione eius qui promisit aliquem ratificaturum contractum: An valeat si contractus sit nullus. De vi & efficacia iuramenti & obligationis in forma Cameræ.

SVMMARIA.

1 *Fideiussoris obligatio euanescit vbi contractus est nullus.*
2 *Fallit vbi nullus est speciali fauore alicuius persona.*
3 *Venditio bonorum immobilium minoris non valet sine iusta causa.*
4 *Promittens de rato liberatur si principalis contractus sit nullus.*
5 *Anchar consil. 310 num 9 explicatur.*
6 *Exceptio doli mali prodest etiam fideiussori.*
7 *Ratio ibi affertur.*
8 *Decretum iudicis facit cessare omnem suspicionem.*
9 *Contractus dicitur palam & bona fide gestus ob iudicis decretum.*
10 *Exceptio doli obstat, vbi stipulatio est sine causa.*
11 *Promissio sine causa valet stante iuramento.*
12 *Iuramentum non obligat stante dolo.*
13 *Malæ fidei emptor dicitur emens res minoris absque solennitatibus.*
14 *Promissio facta aliquem ratificaturum donationem intelligitur rebus sic stantibus.*
15 *Iuramentum operatur vt valeat obligatio fideiussoris licet contractus principalis sit nullus.*
16 *Promissionum in forma Cameræ vis & efficacia.*
17 *Nullitatem opponere non potest qui ei renunciauit.*
18 *Nullum & validum æquiparantur vbi nullus est qui possit de nullitate dicere.*
19 *Promittens aliquem ratificaturum intelligitur solenni ratificatione.*
20 *Iuramentum firmat contractum nullum.*
21 *Restitutio in integrum quando peti non possit.*
22 *Alienatio ex falsa causa non valet.*
23 *Iuramentum minoris confirmat contractum nullum.*
24 *Ratificatio minoris tacita quid operetur.*
25 *Promittens aliquem ratificaturum dicitur promittere factum suum.*
26 *Iuramentum interpellat & in mora constituit.*
27 *Dies interpellat pro homine.*
28 *Ratificatio requirit scientiam.*
29 *Promittens aliquem ratificaturum liberatur ostendendo sibi datum fuisse mandatum ab eo qui ratificare debet.*
30 *Idem dicitur ibi.*

Christi nomine inuocato.

MVlta opponuntur cõtra Illustrem D. Casalem, quibus ordine respondebo.

Primum, opponitur regula generalis, quod data nullitate † cõtractus principalis euanescit obligatio 1
fideiussoris, quæ est accessoria, Baldus & Iason *in l.ex fideicommissi C.de fideic.*

Respondeo regulam illam limitari, vt non procedat, quando contractus principalis est nullus fauore speciali alicuius personæ. vt puta, minoris, quia tunc licet contractus principalis nõ valeat, tamen † valet 2
obligatio fideiussoris accessoria *text. est in l. & fi n. C.de prædiis mino.* & ibi Bald. hoc notat Cumanus *in consil.* 189. Paris. *consil.* 16 *n.* 11. *lib.* 1.

Et hic est casus noster quia venditio rerum immobilium minoris, non valet † sine iusta causa speciali 3
fauore minorum *toto tit. Cod de præd. mino. & toto tit. de reb. eorum, qui sub tut. l. lex quæ. C de admi. tuto.*

Secundo opponitur decisio Ancharani *consil.* 310. *num.* 9 *vers. ad descendo.* Marcabruni *consil.* 93. Cornei *consil.* 11. *num.* 10. *lib.* 3 Socin. sen. *consil.* 215. *num.* 7. & 159. *num.* 31 *lib.* 2 Ripę *in l. si vnquam. num.* 11. *C. de reu. c. dona.* Ossasc. qui alios citat *in consil.* 74. *num.* 12. quod si principalis † contractus non valet, liberatur is qui de 4
rato promisit.

Respondeo multis modis. Et primo, quod attinet ad Ancharanum, eum loqui, quando dolus † inter- 5
uenit in contractu, tam ex parte tutoris, quam etiam ex parte contrahentis, ex quo pupillus deceptus remansit & læsus, & hunc dolum considerauit ibi Ancharanus, & in eo constituit suum fundamentum, *vt patet num* 10. 11. 12. *vsq. ad fin.*

Ratio est, quia vbi dolus malus interuenit, tunc exceptio doli mali nõ solum minori prodest, verum etiam † eius fideiussori, aduersus eum qui dolum 6
commisit, text. *in l.* 2. *C. de fideiuss. minor. in l. exceptiones ff de except.*

Et cessat hoc in casu æquitas, quæ consideratur in fauorem creditoris † contra fideiussorem minoris, 7
sicuti eam considerauit text. *in l. in causa.* 3. *ff. de min.* vt animaduertit Oddus *de restit. q.* 48 *artic.* 1. *num* er. 14. *vers. ratio aut. m.* & hoc propter dolum ipsius creditoris, vt ibi per eum.

Sed in casu nostro nullus dolus interuenit in contractu venditionis ex parte Reuerendissimi D. Casalis. Neq; enim ad officium eius spectabat inquirere, an illa venditio esset vtilis vel necessaria pupillis, sed illud erat officium tutoris & iudicis, qui decretum interposuit. Stante † enim decreto iudicis, & au- 8
thoritate tutoris, emptor fuit in bona fide, quia decretum iudicis facit cessare omnem suspicionem doli, metus, vel fraudis. Bartolus *in leg. prima C de præd. decu. libr.* 10. Natta *in consil.* 631 *numer.* 26. Rolandus *consil.* 90. *num.* 11 *libr.* 1. Dn. Cæphal. *consil.* 207. *nu.* 16. *libr.* 1.

Et ideo quando interuenit decretum iudicis, contractus dicitur † palam & bona fide factus, Bart. *in l.* 9
frater a fratre. n. 51 *ff. de cond. indeb.* Alexan *in l. si a. n. factione. C de transact.* Iason *in l. pacta nouissima. num.* 9 *Cod. de pactis.*

Igitur

Igitur casus noster longe differt, & diuersam habet rationem à casu Ancharani, loquentis eo in casu, quo dolus adest, etiam contrahentis cum tutore.

* Non obstat, si dicatur Ancharanum æquiparare dolum reipsa, & dolum ex proposito: quoniam dolus reipsa, qui ex immodica læsione resultat, nullus interuenit ex parte Reuerendissimi Domini Emptoris. Neque enim apparet, quod pupilli fuerint læsi circa precium, secundum tempus quo venditio facta est.

Quod si fuerunt in eo læsi, quia sine iusta causa, vel ex falsa causa facta est venditio, hac in re nulla fuit culpa Reuerendissimi Domini Emptoris, sed tutoris & iudicis, ad quorum officium spectabat inquirere de iusta causa. Ipse enim emptor contrahens cum authoritate tutoris & decreto iudicis palam & bona fide contraxisse dicitur, & non dolose.

Non obstat quoque si dicatur Ancharani decisionem in alio quoque fundari, quia scilicet, vt ille scribit *numer. vndecimo* rescissa principali obligatio-
10 ne remanet † fideiussoris obligatio sine causa, quo casu obstat exceptio doli. *lig. 2. §. circa. de doli mali except.*

Quia stante iuramento, de quo in instrumento,
11 de quo agitur, non potest allegari, quod † promissio facta fuerit sine causa. Afflict. *decision 83. numer. tertio.* Ioan de Ami. *consil. 34. numer. 3.* Grammat. *consilio 40. numer. 18.* Seraphinus *de priuileg. iurament. priuileg. 94. numer. 8.* Ioan Guterius Hispanus *de contract. iurat. cap. 47. numer. decimo quinto.* & alii testantur de communi.

Nec dicatur etiam Ancharanum loqui in casu quo iuramentum interuenerit, quia vt iam dixi, ille sup-
12 ponit dolum interuenisse, quo † casu iuramentum nihil obstat. *cap. cum cont. g. l. de iureiur. r. c. ap. q tamen de pact. in 6.*

Dolus autem nullus hic interuenit ex parte Reuerendissimi D. emptoris: debet enim dolus interuenire ex parte eius, cui fit promissio quia text. dicit iuramenti neq; vi neq; dolo extorta: & sic extorqueri debent ab eo, cui fit promissio, & ita loquuntur iura & Doctores.

Quod attinet ad Marcabrunum *consil. 93.* ille loquitur de alienatione rerum immobilium minoris à procuratore facta, sine vlla solennitate decreti iudicis vel alia, vt ibi supponit *numer. primo* Ergo nihil mirum si non valet contractus principalis nec accesso-
13 rius, quia emens res immobiles, minoris † vel pupilli, sine decreto iudicis, & sine authoritate tutoris vel curatoris, est in mala fide. *l quemadmodum. C de agricol. & cens. libr. 11. Glos. in l 1. vers. mala fidei. C. de fide instrum. & iure hasta fisca. libr. 10.* Dn. Cæphalus *consil 316. num. 13. lib 3.*

Ergo tunc doli exceptio obstat emptori, & illa prodest etiam fideiussori, iuxta consil. Ancharani, in quo fundatur ipsius Marcabruni responsum.

Vnde cum in casu nostro & authoritas tutoris interuenerit, & iudicis decretum, sequitur nil obstare responsum illud Marcabruni.

Socin Senior *consil 215. num. 7.* & Rip *in l si vnquam. num 1. Cod. de reuoc donat.* loquuntur de re longe dissimili: Donatio reuocatur ob superuenientiam liberorum. *dict. l. si vnquam.* Ergo si quis promittat a-
14 liquem ratificaturum donationem, debet † hoc intelligi rebus sic stantibus, non autem si ob superuenientiam liberorum reuocata fuerit donatio, tunc enim iure communi reuocatur, & ideo fideiussor liberatur. At hic rescinditur venditio ex speciali fauore minoris, vt supra dictum est, quo casu rescissa venditione non liberatur fideiussor.

Socinus Senior *in consil. 159. numer. 31.* loquitur in casu quo dolus interuenit ex parte cõtrahentis cum minore, & hoc repetit sæpissime, vt patet ibi. *Præterea approbatio non extenditur ad dolose administrata.* Item ibi: *Primo, quia ex quo probatur, quod dicta liberatio fuit dolo extorta.* Item ibi: *Tertio, quia talis liberatio non extenditur ad dolose administrata.* Item ibi: *Quarto ex quo constat dictam liberationem dolo extortam. &c.*

Eodem modo loquitur Osascus *consil. 74. numer. duodecimo.* expresse, quando interuenit enormissima læsio causata dolo eius, cui fit promissio, & citat Ancharanum. Id patet ex illis verbis *paulo ante numerum duodecimum.* sed demus citra veri preiudicium: & *numer. 13.* rationem adfert, quia ab omni promissione excluditur dolus. *& numer. decimo quarto.* adducit aliam rationem, quia promissio facta alicui semper intelligitur, dummodo dolus absit eius, cui fit promissio: & *numer. decimo quinto.* adducit aliam rationem, quia, inquit, nemo ex dolo suo debet commodum consequi.

Adducit Dn. Cæphal. *consil. 115.* qui loquitur in eisdem terminis, vt videri potest, & Grammat. *decis. 101. num. 103.* qui simili modo loquitur. Imo ipsemet Osascus *numer. 14.* sic intelligit responsum Ancharani.

Cessante itaq; dolo Reuerendissimi D. emptoris, non video quo pacto d. decisiones ei obstare possint, & recte contra ipsum applicentur.

Et hæc est prima responsio ad Consilia Anchar. & aliorum citationem, quæ iudicio meo sufficit, & ponit gladium ad radicem arboris, vt dici solet.

Sed tamen ex abundanti alias adfero responsiones.

Secundo igitur respondeo, quod stante iuramento in amplissima forma præstito, per Dn. Petrum de Ceulis tutorem, in fauorem Dn. Casalis, vt in instrumento dato quod eius obligatio tanquam fideiussoris non valeret, propter nullitatem contractus principalis, tamen † valeret eius obligatio tanquam prin- 15
cipalis. Bart. *in l. si quis pro eo. num. 15. ff. de fideiussor.* Alexand. *consil. 32. in fin. lib. 4.* Paris. *consil. 16. nu. 117. cum seqq l b 2. & num 118* Seraphinus *de priuileg iuramenti. priuileg. 98. num. 29* Io. Guterus *de contract iurat. cap. 21* Petr. Surdus *consil. 20. numer. 23.* & isti testantur de communi, vt videri poterit, & dicunt quod licet non teneatur debitor principalis in aliquo, tamen fideiussoris obligatio valet & tenet, non quidem vt fideiussoris, quia deficit forma fideiussionis, sed tãquam rei principalis propter iuramentum.

Tertio respondeo supradictas doctrin. Ancharani & aliorum non habere locum in obligatione celebrata in forma Cameræ, vt in casu nostro. Nam etiamsi contractus principalis non valeat, tamen valet promissio eius, qui accedit promittendo factum alienum, vt in terminis nostris Galesius, *de formula obligat. in forma Cameræ, parte tertia numer. 7.* vbi citat Paris. *consil. 16. numer. 110. & sequentib.* & ibi Parisius loquens signanter de eo qui promisit † alium ratifi- 16
caturum, dicit eum esse principalem, non autem fideiussorem, quia videtur promisisse se facturum & curaturum, vt alius ratificet, vt *numer. centesimo decimo octauo. & num. 119.* dicit hoc verum esse, maxime stante iuramento.

Quarto respondeo, quod stante dicta obligatione

 Dn Pe-

Dn. Petri de Ceulis in forma Cameræ, non potest allegare doli exceptionem vel nullitatis, vel aliam, per quam quoquo modo contra promissa venire possit, quia omnibus istis exceptionibus intelligitur renunciasse, vt videre licet ex formula obligationis Cameralis, quæ est in vsu quam ponit Galesius *parte* 10.

Stante enim tali promissione iurata, non potuit
17 Dn. Petrus contrauenire, vel † de nullitate dicere, vel excipere vllo modo, Alexand. *consil.* 42. *numer.* 2. *libr.* 2. Paris. *consil.* 96. *numer.* 72. *libr.* 1. Corneus *consil.* 214 *column. penult. libr.* 3. Bartol. *in l. si quis cum aliter. numer.* 8. *de verbor. obligat.* Dn. Decian. *consil.* 39. *numer.* 67. *libr.* 2. Dn. Menoch. *consil.* 401. *nu.* 178. *lib.* 5. Seraphinus *priuileg.* 136. *num.* 3. Galesius *vbi supr. quæstion.* 3. *numer.* 6. vbi citat Alexand. *consil. trigesimo secundo lib.* 2.

Consequenter, nec eius heres contrauenire potest, quia hæc obligatio Cameralis transit in heredem, Galesius *ad primam obligationis particulam. per totum.* Et loquor ego vsque ad vires hereditarias, supposito, sine veri præiudicio, quod D. Balthasar sit heres cum beneficio inuentarii, *iuxta l. vltim. Cod. de iur. delib.*

Aut ergo volumus valere obligationem Dn. Petri de Ceulis, vt reuera valet stante iuramento, & tunc heres contrauenire non potest: aut dicimus non valere, & tunc idem, quia nemo potest contradicere, & eam impugnare. Et paria sunt obligationem esse
18 validam, vel † nullam, cum nullus potest de nullitate dicere, *Glos. in l. si à creditoribus. C. de seruo pig. dato. text. & Glos. in l. qui habebat. in fin. de manu. testam.* Angel. *cons.* 187. *in fine.* Dec. *cons.* 456. *n.* 2. *&* 557. *n.* 13 Castren. *consil.* 288. *n.* 2. *lib.* 1. D. Cæphal. *cons.* 3. *nu.* 112.

Secundo loco opponitur cõtra D. Casalem, quod etiamsi Curt. ratificasset dictam venditionem, nihilominus potuisset contrauenire, consequenter nihil Dn. Casalis interesse potest, quod non ratificauerit, Socin. Sen. *d. cons.* 159. *nu.* 31. *vers. ex quib. lib.* 2. Marcabr. *d. cons.* 93. *nu.* 16.

Respondeo istos Doctores loqui de simplici ratificatione minoris: nos autem loquimur de solenni ratificatione, facta a minore cum authoritate curatoris & decreto iudicis, quia Dn. Petrus de Ceulis promisit, quod Dn. Curt. ratificaret, & daret instrumen-
19 tum ratificationis, quod procul dubio † intelligitur de solenni ratificatione, quæ, si interuenisset, prout tenebatur Dn. Petrus hoc efficere vt interueniret, non potuisset amplius Dn. Curtius contrauenire, Parisius *consil.* 96. *numer.* 75. *libr. primo.* Bertazol. *de clausulis instrument. clausula* 4. *Gloss. duodecim. circa finem.* Dn. Cæphalus *consil. tertio. numer. centesimo trigesimo secundo. libr.* 1.

Quod si in ratificatione iuramentum ipsius adulti fuisset adiectum, prout sine dubio moris est Ro-
20 mę & vbique, res fuisset planissima, quia † sacramenta puberum confirmant contractum etiam nullum. *authent. sacramenta puberum. Codic. si aduersus vend.* vbi Bartol. *num.* 3. Iason *num.* 45. Crauetta *consil.* 7. *num.* 16 Gozadin. *consil.* 16. *num.* 5. Alban. *consil.* 11. *numer.* 4. Eugenius *cons.* 3. *numer.* 6. Seraphinus *priuileg.* 83. *per totum.* & isti fere omnes testantur de communi Oddus qui loquitur de ratificatione minoris iurata. *quæst.* 25. *artic.* 1 *num.* 10.

Et iuramentum tollit etiam beneficium restitutionis in integrum. Seraph. *priuil.* 96.

Et hæc tanto magis locum habuisset, si in ratificatione adulti iurata adiecta fuisset renunciatio restitutioni in integrum, vt fit in instrumentis solennibus, præsertim secundum formulam Romanam: tunc enim † valet ratificatio facta in minori ætate, nec po- 21
test amplius peti in integrum restitutio. Odd. *qu.* 26. *artic.* 6.

Quanquam in casu hoc nostro de in integrum restitutione non est tractandũ, cum hæc venditio non fuerit rescissa per in integrum restitutionem, sed quia facta fuit ex falsa † causa, & ideo nulla erat *l. magis puto. §. pen. de reb. eorum. l.* 5. *C. de præd. minor.* 22

Iuramentum autem minoris † confirmat contra- 23
ctum nullum, adeo, quod de nullitate dici non potest, *c. cum contingat. de iureiur.* Riminald. Iun. latissime *Inst. quib. alien. licet. num.* 199. Seraphin. *priuileg.* 61. & alii supra relati Doctor. *in dict. authent. sacramenta puberum.*

Non obstat prædictis authoritas Cornei *cons.* 207. *lib.* 3. quia loquitur de tacita ratificatione, quæ inducitur per taciturnitatem quinquennii, *iuxta l. fin. C. si maior factus.* & ibi Corneus *num.* 6. quia non potest illa tacita ratificatio valere, nisi † vt confirmetur con- 24
tractus, qui erat inualidus ob decretum non interpositum, secus vbi erat nullus ex aliis causis.

Sed nostra quæstio non loquitur de tacita ratificatione, quæ inducitur per lapsum temporis, sed de ratificatione expressa, per instrumentum, cum iuramento, & aliis solennibus: Ergo nihil obstat.

Non obstant authoritates Decii *consil.* 312. & aliorum, vt per Vrsillum *ad decis. Afflict.* 249. *num.* 10. qui dicunt renunciationem ex falsa causa factam non valere: quia hic aduertendum duos esse actus diuersos. Vnus est venditio facta à Dn. Petro tutore, & hæc dicitur facta ex falsa causa, merito fuit rescissa.

Alter actus est ratificatio dicti Curtii, & hæc debebat fieri ex vera causa, non autem falsa, quia Dn. Petrus vere promiserat illum ratificaturum venditionem vere factam, ideo ratificatio secuta fuisset ex causa vera: Nec enim dicimus, quod debuisset Dominus Petrus tutor persuadere ipsi Curtio aliquid falsi, nec istud conuentum fuit inter eum & Dominum Casalem, sed solum quod deberet dare instrumentum ratificationis, vt patet ex instrumento.

Tertio principaliter opponitur cõtra D. Casalem, quod promissio D. Petri Ceuli fuerit nulla, quia promisit factum alienum.

Et sufficere, quod adhibuerit diligentiam, & quod non fuit interpellatus &c.

Respondeo ista omnia cessare stante obligatione iurata ipsius Dn. Petri de Ceulis, quod Dn. Curtius ratificaret. Nam qui cum iuramento promittit aliquem † ratificaturum, dicitur promittere factum 25
suum, non autem alienum: Videtur enim promittere se facturum & curaturum, quod alius ratificabit, & sic valet promissio, Paris. *consil.* 209. *numer.* 11. *libr.* 1. Seraphinus *priuilegio* 87. *in princip.* Riminaldus *consil.* 103. *numer.* 13. Surdus *decis.* 234. *numer.* 13. *& num.* 16.

Et stante iuramento, non † fuit necessaria inter- 26
pellatio. Ripa *in l.* 4. §. *Cato. nu* 59. *de verb. obl.* Crauetta *cons.* 64. Socin. Sen. *consil.* 133. *libr.* 1. Seraphin. *priuilegio* 47.

Et cum dies hic fuerit adiecta, res est indubitata, quia † dies interpellat pro homine. *l. magnam. Cod. de* 27
contrah. & committ. stip.

Neq; hic constat de vlla diligentia D. Petri, qua vsus

vsus fuerit, vt D. Curtius ratificaret: non est vllum verbum de hoc in toto processu.

Non obstat quod dicitur, ipsum Dn. Petrum fecisse quantum potuit, vt ratificaret, & Curt. recipiendo pensionem, ratificasse.

Quia ad istud de receptione pensionis, ex qua inducitur ratificatio, in aliis allegationibus responsum fuit multis & veris modis.

Primo non probari dictam receptionem pensionis, per assertas patritas librorum.

Secundo non recepisse à D. Casali.

28 Tertio, non probari scientiam † venditionis specificam & claram, quo casu nō induci ratificationem, scribit etiam Vrsillus allegatus à D. Aduocato *ad Afflict. decis. 149 num. 13. & 14.* & ex aliis rationibus, quas hic non repeto.

Non obstat, quod dicitur sicut potuit D. Curtius infringere tacitam ratificationem, ita etiam potuisse infringere expressam, quia hoc negatur: supponendo, quod per instrumentum publicum, solennem & iuratam fecisset ratificationem, si uti promiserat Dominus Petrus tutor, *vt patet ex supradict.*

Quarto principaliter opponitur contra Dominum Casalem, quod tradit Aretinus *consil.* 100. Curtius Iunior 63. *numer.* 7. Bertazol. *de clausulis. clausul.* 4. *glossa* 13. *numer. tertio.* & alii: quod quando quis

29 promittit † aliquem ratificaturum, liberatur, si ostendat sibi de ea re datum mandatum ab eo, qui ratificare debebat: Respondeo istud nihil obstare.

Nam in casu nostro nullum fuit datum mandatum à Dn. Curtio ipsi Petro de Ceulis, ad faciendam venditionem, certe de hoc nullum verbum in toto processu.

Quod si voluit Dominus Aduocatus intelligere de mandato legis, quod tutor habet administrandi res pupillares, certe istud nihil est, quia tutor non habet à lege mandatum alienandi res immobiles pupilli, nisi subsit iusta causa *l. lex qua. Cod. de administ. tutor. l. magis puto. § pen. ff. de reb. eor. l. 5. C. de præd. min. leg. ob æs alienum. C. eod.*

Quinto principaliter opponitur contra Dn. Casalem, quod male & inepte gerit de euictione, cum Dn. Petrus nullam ei promiserit euictionem, nisi tutorio nomine.

Sed hoc tollitur ex lectione libelli, in quo narratur clare & aperte, Dominum Petrum de Ceulis, promisisse de suo proprio, se & sua bona obligando, quod Dominus Curtius ratificaret, alias teneri voluit ad omnia damna, expensas & interesse.

Et ideo in conclusione libelli petitum fuit condemnari eius heredem, ad omnia damna, expensas & interesse Dn. Casalis, propter ratificationem non factam.

Ita sunt in facto verissima, & oculata fide videri possunt.

Quod enim dictum est domum fuisse euictam à Domino Curtio, qui noluit ratificare, intelligi debet quod fuerit euicta, prout patet ex processu & sententiis productis, & debet intelligi illud verbum secundum alia præcedentia & subsequentia, & in fauorem libellantis, secundum vulgatas regulas.

Quo supposito veri lino stante, non est opus responsione ad obiecta illa, quod non competat actio de euictione, quia lis non fuerit denunciata, vel quia res fuerit euicta per iniuriam iudicis, &c. quia non agitur hic de euictione, sed ex stipulatione de rato, quę commissa fuit cum D. Curt. non ratificauerit.

Sexto principaliter opponitur contra Dn. Casalem, quod nulla competat actio ob ratificationem non secutam, quia illa nō fuit necessaria, stante contractu venditionis celebrato, cum decreto iudicis & tutoris authoritate.

Respondeo fuisse necessariam, ne Dominus Curtius eam rescinderet, prout fecit per allegationem falsæ causæ seu læsionis. Non enim valet venditio facta à tutore rerum immobilium, sine iusta causa, *dict. leg. 5. Codic. de præd. minor. dict. leg. magis puto. de rebus eorum.*

Non obstat *consil.* 100. Aretin. Curt. Iun. 63. *num.* 7. Paris. 58. *numer.* 57. *libr.* 1. quia isti nihil aliud dicunt, quam quod supra etiam dixi, videlic. eum † qui promisit aliquem ratificaturum non teneri, si probauerit sibi mandatum ea de re fuisse datum ab eo, qui debebat ratificare. 30

Nam in casu nostro non apparet de tali mandato, vt iam dixi.

Non obstat quod dicitur tutorem esse legitimum administratorem, & ideo non fuisse opus ratificatione.

Quia, vt iam dixi, non potest alienare immobilia sine iusta causa. Nec constat de bulla allegata, nec quod venditio facta fuerit, vigore bullæ prædictæ.

Nec obstat quod rursus obiicitur, sufficere tacitam ratificationem ex receptione pensionum; quia ad hoc iam millies responsum fuit, ideo non repeto.

Vltimo contra Dn. Casalem opponitur, quod nullum damnum, nullum interesse passus fuerit ob dictam ratificationem non secutam.

Respondeo de hoc agendum in vlteriori processu, quia si nullum probabit damnum & interesse, nihil consequetur.

Interim videtur manifeste apparere de eius damno. Primo, quia fuit rescissa venditio facta, quæ illi valde erat commoda.

Secundo, quia condemnatus fuit ad pensiones restituendas.

Tertio, quia condemnatus fuit in expensis: quod vero dicitur apud Domin. Casalem esse pecuniam, negatur, & contrarium probatur ex instrumento transactionis factæ.

Sed vt dixi, hæc quæstio pertinet ad iudicium liquidationis, & nunc partes Magnific. Dd. iudicum sunt in pronunciando, bene fuisse iudicatum per Clementissimum Dn. Commissarium, & male appellatum per Dn. Balthasarum, qui quidem Clarissimus D. Commissarius eum condemnauit ad damna & expensas, liquidandas in vlteriori processu.

Andreas Fachineus Pisis, nomine Collegii.

Pro eodem, de quo in præcedenti Consilio.

ARGVMENTVM CONSILII LXXIV.

De eadem materia & causa.

SVMMARIA.

1 *Promittens de rato, non secuta ratificatione, tenetur ad interesse.*

2 *Promissa sunt seruanda.*

3 Pro-

3 *Promissio fact. alieni valet cum iuramento.*
4 *Tutor obligatur si promittat de suo, licet minor contractum rescindat.*
5 *Idem ibi late deducitur.*
6 *Tutor quando præsumatur in dolo.*
7 *Tutor tenetur ex sua promissione emptori.*
8 *Accessoria obligatio valet sine principali, vbi in ea non est tantus fauor, sicut in principali.*
9 *Vtile per inutile non vitiatur late.*
10 *Promissio iurata sustinetur licet principalis obligatio, cui accedit non valeat.*
11 *Dolus & immodica læsio semper exclusa censetur.*
12 *Iuramentum supplet causam.*
13 *Causa idonea promissionis censetur, vt maior sit securitas.*
14 *Dolus reipsa, quando interuenit quid iuris.*
15 *Ratificatio confirmat contractum ab initio nullum.*
16 *Promittens facere, vt aliquis ratificet, intelligitur de ratificatione valida.*
17 *Promittens aliquid facere intelligitur, vt valeat de iure quod facit.*
18 *Ratificatio quando non reconualidat actum.*
19 *Ratificatio requirit eandem solennitatem, quam contractus principalis.*
20 *Ratificatio actus nulli valet, quādo ratificans scit actum esse nullum.*
21 *Dies interpellat pro homine.*
22 *Liber non probat in præiudicium tertii.*
23 *Promittens aliquem ratificaturum intelligitur, qui expresse ratificabit, non tacite.*
24 *Ratificatio requirit scientiam actus.*
25 *Clausula, ius & iustitiam ministrari, omni meliori modo, in libello, quid operetur.*

SVmma cum ratione hoc scribēdi onus recusassem si ageretur alterius causa, quam perillustris Senatoris Casalis D. mei obseruandis. Nam adeo docte, ingeniose & fideliter fuit scriptum, & pluribus obiectis copiose responsum, per excellentissimum D. Fachin. in Pisano studio lectorem primarium ac in iure celeberrimum virum, vt superuacanea potius quam necessaria sint omnia dicenda. Ne tamen simpliciter pertransire videar, vbi satis de ... fateor: Dico non posse D. Ceulum aduersarium euitare confirmationem prioris sententiæ, quandoquidem inficiari non
1 possit, ex promissione rati, minime secuta † ratificatione, oriri obligationem ad interesse *l. si cu... missa. ff. rem ratā haberi. l. si quis ab alio. ff. ... re iud. l. stipulationes non diuiduntur. & ibi Dd. de verb. ... l. Hug. Donel. in l. ex conuentione. nu. 6. C. de pact.* Surd. *decis.* 208. *nu.* 6. Atqui fuit promissum de rato, nec secutum, ergo recte dicitur actum. *l. 1. ff. de pact.* Iason *in l. si stipulatus. n. 3. not. de verb. oblig.* Irreligiosum etenim nimisq; inciuile est, parūq;
2 fidei humanæ congruit non † securare quod promittitur. *l. 1. §. has autem. ff. ... posit.* Gloss. *in l. si pecuniam. ff. de condit. caus. dat.* Bero. *consil.* 144. *in princip.* quod eo magis dicendum venit in præsenti casu, in quo adest
3 iuramentum, cuius † gratia promissor omnino tenetur, *vt in dict.* Gl. *ff. ... si pecuniam.* etiamsi esset obligatio facti alieni, Baltol. *in leg. si quis pro eo. ff. de fideiussoribus.* Ruinaldus Iunior *consil.* 568. *numer.* 7. *& 5.* qui propterea alibi dixit, talem sic obligatum, ratione interesse teneri, absque interpellatione, euictionem eius quod promisit, quam primum curare, vt in suo *consil.* 670. *numer. quinquagesimo primo. in 6.* post Aym. *consil.* 64. *in princ.*

His accedit quod vbi tutor minus solenniter ven-
4 dit rem minoris, si aliquid ex † suo pacto adiecerit minori vero aduersus huiusmodi alienationem sine, cursum fuerit, ille tamen ratione iuræ obligationis tenetur emptori, *vt ... in l. 2.* & ibi Gloss. *Cod. de fideiuss. min.* vnde cum egregius fuerit officii nomen his Ceulus tutor, postquam non sibi necesse erat obligationem facere, & tamen voluit, merito remanet obligatus. *l. Procurator qui de euictione. l. ... ff. mandati.* Boerius *decision* 273. *numer.* 6 *part.* 2. & ... motus Garg. *patroc* 107. *num.* 22. *part.* ... *per text.* ... *obligati num.* § *fin. ff. de act. & oblig.* dicens ... quando quis promisit pure de rato, & ideo ... xit obligationem conditionalem, videlicet ... non sequeretur ratificatio, voluit teneri ..., et in casu nostro, si non fuerit postea ratificatum, ... pura obligatio locum sibi non vendicauit. ... dicitur translata in sequentem stipulationem ... nalem, quasi fuerit facta nouatio prioris obligationis, & contra obligatum recte proceditur, licet nomine alterius promiserit, Aretin. *in l. ... stipulatus ff. de verbor. obligat.* Maluat. *consil.* 61. *num.* 13. Gen. *decision.* 15. *num.* 17.

Præterea est animaduertendum, quod Ceulus tutor iustam non habebat causam tradendi Reuerendissimo Casali, vt colligitur ex rescissione contractus, qui tali ratione fuit annullatus: ergo præsumitur in dolo, & ad restitutionem pre... tenetur, non
constito præcipue, quod precium † in vtilitatem minoris conuersum extiterit, vt in p... dicto firmat Boer. 6
decision. 80. *numer.* 6. *part.* 1. per text. Gloss. & Dd. *in l. prædiorum. C. de præd. minor. per l. 3. § dolus ... per omnes in l. fin. ff. si quis caut.*

Et hæc omnia multo magis procedere debent ex eo, quod idem Ceulus vt præmittitur, se & bona sua obligauit: quia sine solennibus sic alienando, tenetur emptori, qui alias † domum non emisset, vt in 7
puncto post Cuman. *consi. ... centesimo octuagesimo nono. numer...* concludit ex multis Borgnin. *de tut. & curat. numer.* 172.

Quibus stantibus refragari non debent, quæ fuere allegata ex aduerso: exordiendo n... a principio, iuxta ordinem excellentissimi D. ... inei Fachinei, in ea persisto reali responsione, quod licet annullato principali contractu reddatur nulla obligatio fideiussoris accessoria, ex Bald. & Iason. *in leg. ex fideicommisso. Codic. de fideicommiss. cum aliis citat.* ad casum nostrum minime possit hoc adaptari, ex quo annullatio principalis succedit ratione particulari procedente à statuto, quo † casu remanet obligatio acces- 8
soria, & euanescit principalis, quia quando in ipsa obligatione accessoria non militat tantus fauor, quantus in principali, qui propterea ... tatur, tunc illa tenet Alexand. *in add. ad Bart. in l. ... fin. § fin. ... de cond. indeb.* Crauet. *de indemnit. ... numer.* 19. & 40. facitque Bartol. *in l. qui hi. num.* 1. *ff. de fideiuss.* Suarez, *commun. opin. vers. fideiussor. num.* 150. Gargius *patroc.* 5. *num.* 1. *part.* 1. *& patroc.* 24. *num.* 14. *part.* 1. vbi citat Parisi. *consil.* 26. *num.* 110. *in* 2. & Gales *ad form. ... oblig. q.* 3. *numer.* 7. ac in proposito inquit, quod vbi duo diuersi extant contractus principales, vnus ab alio segregatus, quamuis in eadem charta, non tollitur alter alio sublato, quia † vtile per inutile non vitiatur, 9
l. 1. §. sed si mihi. ff. de verbor. obligation. & ibidem Alexand. qui de commun. *num.* 1. Crotus *in leg. 1. § si quis ita. numer.* 57. *ff. eod.* quod profecto maxima militat ratione, cum certi sint, secunda obligatio quæ fundatur in propria, non in virtute antecedentis ... probabiliter, vt hic euenit, ex defectu causæ omissæ in alienatione siue minus iuste expressæ, infringi non

non debet. *l. vnic. C. si in commun.* Natta *cons. 272. per totum. in 2.* vbi licet secunda obligatio dependeat à casu primæ, quæ non teneat, valet tamen vti fundata in propria obligatione separata ab illa. *l. qui fundum. ff. de contr. empt.* Bartolus *in l. si ita stipulatus. §. Grisogonus. ff. de verbor. obligat.* Decius *in leg. certi condictio. § si nummos. ff. si certum petat.* Cagnol. *in leg. cum principalis. numer. decimo quarto. de regul. iur.* Gomez. *de fideiussor. numero secundo.* vbi si principalis debitor non sit obligatus, ex instrumento paratam habente executionem,
10 fideiussor tamen † obligari potest. *leg. si pupillus. in fin. ff. de verbor. obligat.* præterquam in vim iuramenti, vt dicebat, & prius animaduerterat Excellentissimus Dominus Consultor, sustinetur promissio de rato, etiamsi principalis contractus non teneret ad limitationem contrarii, propter periculum animæ cunctis rebus præferendæ, *cap. pactum. de pactis. in 6. capit. debitores. cap. cum contingat. de iureiur.* Auth. *sacramenta puberum, & ibi scrib. Codic. si aduers. vend.* Marsil. *rubric. de fideiussor. quæst.* 38. Surdus *consil. 3. numer. 7. in primo.*

Ad Consil. Ancharan. 330. cum quo concordant Cæphal. *consil. 115. numer. 3. in primo.* Natta *consil. 50. num. 24. in primo.* Grammat. *decis. 101. num. 55.* & Gabriel. *de commun. testatur. conclus. 2. de pact. numer. 1.* fuit egregie responsum ibidem, annullari omnia non ex eo quod principali destructo, cætera quæ sequuntur, pariter corruant, sed quia ratione omnium contrahentium dolus, & læsio in præiudicium minoris vrgebant, quorum vnum sufficere solet ad annullan-
11 dum contractum, & iuramento vallatũ, quia † nunquam intelliguntur talia exclusa: & promissiones liberationesq; restringuntur, dummodo dolus absit, vel immodica læsio. *l. cum putarem. ff. famil. hercisc.* Bartol. *in l. quidam cum filium. num. 4. ff. de verb. obligat.* Rum. *decision. 103. numer. 8.* & ita in indiuiduo Ancharanum loco citato, & sequentes declarant Ludouic. *decis. Perus. 27. num. 10. part. 1.* & Rim. Iun. *cons. 755. num. 43. in 7.* vbi ait sic disponi ab Anch. & aliis adhærentibus, vt videlicet secunda conuentio iurata, quod nunquam habebit ratum factum, non teneat, quia prima remanet inualida ratione doli & iniquitatis, cuius gratia omnia sunt nulla, vt in simili voluit Barbat. *consil. septuagesimo. numer. 3.* quæ cum in casu nostro cessent saltem ratione emptoris, in quo nõ considera tur dolus. Alexand. *consil. 74. numer. 2. in prim.* Aymon *consil. 142. num. 19.* eorum virtus æque nihil operari debet, imo iuste retorquetur argumentum pro Casali, *l. quod dictum. ff. de pact. l. adigere. §. quisquis. de iure patron.* Michael *pa. roc. 53 per tot.*

Minusq; resistit ratio eiusdem Ancharani, quod nempe obligatio Ceuli sit redacta ad non causam, ex rescissione contractus principalis, vt ideo non habẽs vnde figat pedes, nullius sit valoris, secundum *l. 2. §. circa. ff. de dol. except.* Bald. *in l. si vxorem. C. de cond. insert.* Quoniam vt mirifice locutus fuit Dn. Consultor, istud non potest intrare vigore iuramenti, quod ta-
12 lis est potentiæ, vt † suppleat causam, ita vt promissio sine illa valeat & obseruari debeat, iuxta per eundem cumulata, quibus addo Corn. *cons. 99. nu. 3. in 3.* Socinus Senior *consil. 100. in 3.* Socinus Senior *consil. 106. nu. 26. in 3.* & Bauer. *de virt. & virib. iuram. versic. dictarius. num. 114.*

Item considero, quod causa promissionis Ceuli
13 fuit, vt securior fieret emptor † in acquirendo, & id fecit ille ex certa scientia, non ignarus se non teneri, quare non immerito remanet legitime obligatus, etiam quod causa deficiat, vt per Bald. post Cynum *in l. generali. Cod. de non num. pec. quæst. 13.* Alexand. *consil. 4. in prim.* Marsil. *singul. 482.* vbi sic ait limitari regulam, quod stipulatio non teneat sine causa, prout quoque limitari dixerat Felinus *in capit. si cautio. de fid. instrument. numer. vigesimo primo.* vbi vel satis persuasiua appareat, vel naturale possit considerari motiuum ad obligandum, vt hic euenisse dicitur, ratione maioris securitatis emptoris, *vt supra.*

Similiter ad Iason. *consil. 133. numer. 18. in 4.* cum quo conueniunt Cæphal. *consil. 337. num. 3.* & Menochius *consil. 179. nu. 2.* qui ambo in eadem causa consuluerunt, ac nouissime Odd. *cons. 41. per totum.*

Respondeo, quod loquuntur in casibus, in † qui- 14
bus re ipsa dolus interuenerat, vt in casu eiusdem Ias. occasione enormissimæ læsionis, ad præiudiciũ puellæ minoris, quæ renunciauerat, cũ iuramento, hereditati maternæ, ac illi socer & maritus consenserant, vnde nimirum si liberatio nullius extitit roboris, ac inefficacia fuerunt accessoria, cuius tamen contrarium resoluisset ille, cessantibus dolo, fraude & læsione partis, quorum causa obseruaui ego, & obseruari cupio annullari, quæ sequuntur, & non aliter quemadmodum idem intelligit Marcabrun. *cit. consil. 93.* vbi sic determinat, quia nullo pacto fieri poterat venditio omnino prohibita, ineratque dolus re ipsa, ex immodica læsione, vt legitur ibi *numer. 25.* propterea necillius Domini Oldradi promissio attenditur, vbi tamen valuisset si hæc abfuissent, vt eleganti stylo demonstrauit excellentissimus Dominus Fachineus, ac in puncto tutoris alienantis sine solennibus, cum promissione de rato, explicite habetur in fauorem emptoris, per Crau. *cit. tract. de indemn. mul. num. 14.*

Vlterius dico ex abundanti, quod ille Marcabr. tractat casum suum in terminis, in quibus ratificatio minime opitularetur emptoribus, attenta præcisa venditionis prohibitione, etiã quod solennia omnia interuenissent cum decreto Iudicis, quo fit, vt promissio tanquam elusoria, & continens vanitatem, non sustineatur. *l. obligationum substantia. §. primo. ff. de act. & obligat.* sed in proposito nostro permittitur alienatio, quæ si habuisset ratificationem adiectam, valuisset, *leg. si rem alienam. §. fin. ff. de pignor. act.* Alexand. *consil. 27. in primo.* Dec. *in leg. qui ab initio. numer. decimo. de regul. iur.* Cagnol. *in leg. semper qui non prohibet. numer. vigesimo secundo. eod.* cum maxime deberet hic esse cum omnibus requisitis in primo Consilio. *l. si vt proponis. C. de nupt.* Innoc. *in cap. cum dilectus. de empt. & vend.* facit Dyn. *in regul. non firmatur. de regul. iur. in 6.* qui dicebat, quod tunc causa † confirmans conuali- 15
dat, quod ab initio erat nullum. Baldus *in l. per fundum. ff. de seru. rustic. præd.* Surd. *decis. 159. num. 7. & 21.* igitur ex diuersis oppositis non licet inferre ad casum nostrum. *l. fin. ff. de calumn. l. Papinianus exuli. de min.* sicut nec conuenit Cachet. *consil. 75. in meo.* ex rationibus dictis, quarum medio tolluntur, Socinus Senior *consil. 215. numer. 7.* Ripa *in l. si vnquam. numer. 11. Cod. de reuocand. donat.* Socin. Iunior *consil. 159. num. 31.* Cæphal. *consil. 115.* & Grammat. *decis. 102. & 103.* quibus etiam ad saturitatem respondetur per excellentissimum D. Consultorẽ, cuius dicta respectu Cameralis obligationis eneruant omnia contraria, si quæ vltra excitata contingeret proponere, & quibus sat erit mihi addere quod annuit ipse circa Cacher. *vbi supra.* qui in negando sub promissione, quantumuis ampla, comprehendi contrauentionẽ causatam, ob enormissimam læsionem, siue ob dolum, vt in suo erat casu, & ideo asserit, promittentem non teneri, etiam

etiam cũ iuramento, dat nobis intelligere, quod cef-
fante dolo in persona eius, cui fit promissio, vt sic de-
bet intelligi de mente Aymon. *consil.* 143. & Nauarr.
consil. 581. *numer* 51. *& num.* 63. promissor noster abs-
que dubio teneatur. *argument. l. cum prætor. ff de iudic.
l. statu liberum. §. secuta. ff. de leg.* 2. Decius *consil.* 32. *nu-
mer.* 1.

Nec obstat quod fuerit promissa ratificatio, quæ
nihilominus si interuenisset non impedisset, quin
Curtius contrauenisset, & ideo nihil interfit D. Ca-
salis, an ratificatio secuta fuerit, nec ne. Socinus Se-
nior *consil.* 159. *nu* 31. *lib.* 2. Corn. *consil.* 207. *n.* 3. Marca-
brun. *d. &. consil.* 93. Nam pulchre fuit responsum præ-
sens loqui de tacita ratificatione, q̃ si fuisset expres-
sa, omnes habuisset solennitates, quæ in alienatio-
nis contractu desiderantur, cum de iure promittens
16 facere, vt † alter ratificabit, intelligitur de ratifica-
tione valida, & continente omnia requisita. Natta
consil. 402. *numer.* 54. Surdus *consilio* 3. *numer. decimo
quarto. in principio.* quare non potuisset contrauenire,
quia contractus legitime ratificatus valet, licet ab
initio nullus esset, concurrente tamen simultaneo
consensu, vt ex pluribus comprobat Riminald. Iu-
nior *consil.* 281. *numer.* 74. *in* 3. procedunt itaque con-
traria in ratificatione, quæ nullum producit effe-
ctum. Decius *in leg.* 4. *§. condemnatum. ff. de re iud.* Ro-
land. *consil.* 49. *num.* 29. *in* 4. & quod hoc sit verum
in præsenti casu, patet ex eo, quod partes non con-
siderarunt nudum factum ratificationis, sed effe-
ctum, vt tutior redderetur emptor in contractu, quo
stante non sufficit simpliciter ratificare, sed valide.
Bartolus *in leg. quid ergo. §. cum autem. ff. de his qui not. in-
fam.* Roman. *consil.* 199. *numer.* 2. alias enim promissio
frustratoria esset, quod tamen dicere non debemus,
per text. *in l. hanc. Cod. de contrah. empt.* & quia in simi-
li videmus, quod qui promisit fideiussorem, non li-
beratur dando minus idoneum, sed ad interesse te-
netur, *l. si quis stipulatus. §. si quis ita.* vbi Iason. *ff. de ver-
bor. obligat.* Surd. *cit. consil.* 3. *numer.* 35. vbi refert, quod
17 qui aliquid † facere pollicetur, ita debet esse, vt va-
leat de iure per Gloss. *in leg. huiusmodi. in principio. ff. de
leg.* 1. & per Bald. *in leg. si procurator. versicul. fin. ff. de
condit. indebit.* qui ait in terminis, quod promittens
minorem ratum habiturum, intelligitur ita, vt de
iure valeat, ad Hormon. *in leg. quarta. §. Cato. numer.*
374. *ff. de verbor. obligat.* & ibi Galiaul *numer. septuage-
simo quinto.* cum aliis cumulatis, à quibus tolluntur
obiecta, & signanter de Dec. *consil.* 312. & Vrsill. *ad
Affl. decision* 249. *numer. de. imo* quorum scripta ven-
dicant sibi locum, vbi non adfuisset iusta causa in ra-
tificatione promissa, cum tamen ostenderim sine il-
la stare non posse, postquam in actu ratificationis re-
quiruntur omnia solennia apta ad validitatem, Bart.
in leg. heredes palam. § sed quid. ff. de test. Ruinus *consilio
trig. sin. o primo. numer. trigesimo secundo in* 3. Tiraquell.
de retract. lignag. § primo. Gloss. 10. *numer.* 87. à quo se-
quitur, quod vbi minor sic ratificasset, nihil potest
dici contra primum contractum, *argument. text. in l.
ad rem mobilem. ff. de procurat. & in leg. omnium. ff. de te-
stament.* & facit Surd. *decision.* 70 *num.* 5. si autem rur-
sus opponeretur, nequaquam validari actũ nullum
ex ratificatione, *l. si quis mihi bona. §. iussum. ff de acqu.
hered. leg. obligari. §. tutor. ff. de authorit. tutor.* Bartolus
in l. obseruare. in fin. ff. de offic. proconf. & leg. quod ma-
xime procedit, vbi actus alienandi peccat in eo, de
18 quo partes † disponere non possunt, vt dicitur hic de
causa venditionis omissa, vel falsa adiecta, vnde Bald.
& Salycet. *in l. mancipia. Cod. de ser. alien.* vel non dixe-
runt quod ratificatio reconualidat actum, quando
peccat in his, quæ ab animo ratificantis pẽdent, non
si, p forma adhibenda sint quia confirmatio trahitur
ad id, quod est validum, non ad id quod est cõtra ius
vel nullum, Butr. & alii *in c. dudum de decim.* Bero *consil.*
107. *num.* 12. *in prim.*

Respondeo primum, quod fallit conclusio prædi-
cta in minore, vt apparet *in l.* 1. *C. si maior. fact. in l.* 3. § 1.
ff. de minor. & enixe concludit Thob. *consil.* 88. *nume-
ro* 22.

Secundo dico illud procedere in contractu, qui
nequaquam valere potest, secus in casu nostro, vbi
tunc nulla est venditio si velit is, in cuius fauorem in-
troducta est forma. Bart. *in l.* 1. *§. sed si filius. ff. de leg.* 3.
& eo casu, quando solennitas, cuius respectu actus
est nullus, concernit fauorem determinatæ personæ,
si superuenerit illius consensus, conualidatur actus,
Surdus *dict. decision.* 70. vbi subdit ex hac ratione recte
determinari à Roman. *consil.* 54. quia venditio facta
à minore, non seruata iuris vel statuti solennitate po-
test ratificari.

Tertio respondeo, quod cum in ratificatione de-
beant esse omnia substantialia, & præsertim ponde-
rata per Dn Consultorem principalem, vtiq; teneret
saltem. tanquam nouatio, si non prioris contractus
confirmatio. Aretin. *consil.* 128. *num.* 3. Bursat. *consil* 158. *n.*
7. *in* 2. Honded. *consil.* 38. *numer.* 20. *in primo.* & tamen
contrarium habet locum, quando prohibetur huius-
modi nouatio, siue omissum substantiale, quod am-
plius apponi non possit, vt bene dignoscitur ex Bar-
tol. *in d. l. obseruare.* & ex Innoc. *in cap. cum dilecti. de empt.
& vend* qui dicit, quod vbi contractus ab initio non
potest fieri † sine certa solennitate, illam et requiri- 19
tur in ratificatione, & idem colligitur ex Roland.
consil. 90. *numer.* 50. *in prim.* volente de mente eius-
dem Innocent. *loc. allegato.* quod si prælatus fecerit
contractum absque solennitate. *cap. sine exceptione.* 12.
quæst. 2.

Capitulum vero voluerit illum ratificare, id facere
non posse, nisi adhibita illa solennitate, à quibus di-
gnoscitur quod vterq; supponit, posse ratificari actũ
nullum: ergo contraria loquuntur in diuersis termi-
nis, non quando ratificatio nõ retrotrahitur, sed o-
peratur vt valeat ex nunc. Bart. *in d. l. obseruare. in* 1. *opp.*
Dec. *in l. quod initio. n.* 12. *de reg. iur.* Alex *consil.* 78. *in vers.*
5. Thob. *d. consil.* 88. *nu.* 21. vbi etiam voluit, quod si
absit dolus verus, ratificetur legitime actus nullus, ac
tollatur ex decreto, si interfuerit vltimo p soluto
animaduerso; quod si Curtius sciuisset factam † esse 20
venditionem nullam, vt bene intellexit, ac intelle-
xisse demonstrauit ex obtenta rescissione contra-
ctus, valeret ratificatio eius, quod nullum erat, Ga-
briel. *consil.* 13. *numer.* 15. *in prim.* Mascard. *conclus.* 1255.
num. 58.

Ad aliam oppositionem quæ consistit in eo, quod
promissio fuerit nulla, tanquam continens factum
alienum *l. stipulatio ista l. inter stipulantem. ff. de verb. obl.*
vt ideo satis fuerit adhibuisse diligentiam, vbi Ceu-
lus promissor fuisset interpellatus, satisfactum plene
dicitur per eundem D. Consultorem, qui virtute iu-
ramenti, ostendit firmitatem promissionis, & exclu-
sionem interpellationis, adiecta † præcipue die, quæ 21
in stipulatione interpellat, vt ex Seraph. *priuil.* 87. &
Sur. *dec.* 234. cũ aliis p ipsum cõgestis, cuius dict. inhæ-
rendum est necesse, quia pmittens cũ iuramẽto aliqd
facturũ, ppium, nõ alienũ factũ pmittere censetur,
vnde efficaciter obligatur, gl. *in § si quis alium inst. de inut.
stip. & in l. quoties. ff. de ver. obl.* Paris. *de com. consil.* 109. *n* 8.
in prim.

in princ. Dec. *conſ.* 105. *n.* 6. Rol. *conſ.* 69. *num.* 34. *in* 4. imo ſic promittés quod talis ratificabit incurrit moram ſine interpellatione. Aym. *conſ.* 272. *nu.* 10. Marchell. *patroc.* 28. *num.* 8.

Nec releuat dicere quod Ceulus ſeruauit quod promiſerat, cum iam Curtius ratificauerit per ipſius geſta, recipiendo penſiones: quia tamen excell. D. meum nihil de hoc conſtat, & non entis nullæ ſunt qualitates. *l. eius qui in prouincia. ff. ſi cert. pet.* liber namque in præiudicium. Tertii cum quo † actus geſtus non ſit, probationem non facit, Iaſon *in l. admonendi. n.* 128. *ff. de iureiur.* Crau. *de antiq. temp. part.* 1. *verſ. quando limitatur. n.* 71. Menoc. *de arbit. caſu* 91. *n.* 25. & vbi probaret, neceſſe fuiſſet oſtendere, quod talis liber reprobatus eſſet, requiſitis de quib. per Alex. *conſ.* 281. *n.* 5. *in* 2. per Rol. *conſ.* 92. *num.* 6. *in* 3. ac per Plot. *de in lit. iur.* §. 1. *nu.* 31. Imo, quatenus etiam hæc ita concepta eſſent, nihil facerent, quia in his quæ pro formati adduntur à lege municipali, non ſufficit † tacita ratificatio. Berous *conſ.* 134. *n.* 5. *in princ.* vltra promiſſa intelligitur vera ratificatio, vt ſupra quæ iura dicta, cum talis appellari non poſſit habito reſpectu ad ſolemnia de quibus dicebam ex doctrina omnium. *in l. ſi vt proponis. C. de nup.* neſcio videre quomodo poſſit dici adimpletum, quod nec in veſtigiis apparet. *l. ſi ſeruum.* §. *ſi modus. ff. de cont. empt.*

22 (margin) / 23 (margin)

Inſuper reſpondeo quod ad ratificationem inducendam opus eſt, quod ratificans actu ſciuerit ſubſtantiam eius quod ratificare intendit, nec potuerit
24 actus † per ipſum factus ad alium finem eſſe geſtus, vt per Bald. *conſ.* 176. *n.* 2. per Ang. & alios. *in l. Paulus. ff. rem ratam hab.* ſed in Curtio pſumitur ignorantia. *l. verius. ff. de prob.* Aym. *conſ.* 197. Ergo nulla dicitur ſecuta ratificatio, & vbi de ſcientia probaretur, oporteret conſtare, quod vidiſſet inſtrumentum, eiq; lectum fuiſſet cum omni eius tenore, ſiuellemus quod actus ratificatus efficeretur Paſeth. vid. *conſ.* 112. *n.* 5. *cum ſeq.* quin imo datis omnibus prædictis, nec in caſu noſtro dici poteſt facta ratificatio ratione preambulæ promiſſionis, cuius gratia non ſic ratificare conuenit, quia vbi ex lege vel conuentione quid ratificandum eſt, non ſufficit tacita, ſed expreſſa, verbis explicitis fieri debet ratificatio Salic. *in leg. ſi abſentis. C. ſi cert. pet.* Bertall. *clauſ.* 4. *Gloſ.* 13. *in fin.* à quibus tolluntur cætera friuola vſque ad quintam principalem oppoſitionem.

Cui etiam breuiter quidem ſed ſubſtantialiter ſatisfaciam, dicitur ex concluſione libelli, quo fuit petitum ius & iuſtitiam miniſtrari, cum iſtud operetur effectum † intentionis libellantis, etiã quod inepte
25 fuerit quid petitum Canoniſt. *in c. cum dilectus. de ord. cogn.* accedente maxime alia clauſula, omni meliori modo, cuius virtute valet petitio ſi fuerit ſecuta electio vnius, *c.* 1. § *fin. de poſtul. Prel.* Bald. *in l.* 1. *C. cõmod.* vnde cum ſic dictũ ſemper & oppoſitum extiterit de ratificatione non ſecuta iuxta promiſſa, minime videtur cõſideranda ineptitudo actionis ratione euictionis, acceſſorie in libello memoratæ, preter quam poſſemus dicere fortius, quod & ratione euictionis omnino teneatur Ceulus, quia vel illã expreſſè promiſit, & ex ſtipulata obligatus eſt, Bart. *in l. cum quis.* §. *qui hominem. ff. de ſolut.* Cabal. *de euict. in proœm. n.* 11. Aut vero nihil dictũ de ea, & datur actio ex empto, quia venit euictio ex natura contractus. *l. cum dubitatur. C. de euict. l. pacta cõuenta. ff. de cont. empt.* Aret. §. *actionum. n.* 22. *Inſt. de act.* & quidem hæc ſimpliciter venit in præſenti caſu, in quo licet tutorio nomine fuerit contractum, ſe tamẽ obligauit Ceulus vna cum bonis & heredibus vltra terminum officii tutoris, ſic fidem ſuam ad omnia in contractũ contenta adſtringendo *l. cutus bonis.* §. 1. *ff. de curat. fur.* Salic. *in l. ei qui. C. quod cum eo.* Socin. ſen. *conſ.* 154. *n.* 7. & 9. *in* 2.

Ex quibus omnibus, omiſſo ſexto ac finali dubio, vti latiſſime reſoluto, ex dictis eiuſdem D. mei conſultoris præclariſſimi, cuius rationibus nihil addi poteſt, concludo pro eodem perilluſtri Dn. Caſali, pro quo ſic ius eſſe apparet, vt nil aliud niſi cõfirmatoria & fauorabilis ſententia ſit à iuſtiſſimo Iudice expectanda, cum condemnatione aduerſarii in expenſis, vt in ſimili quandoq; audio fuiſſe reſolutum in Rotali auditorio Bononiæ contra eum, qui tali modo alienauerat, & promiſerat de rato in vna de Griffonibus cum D. Ioan. Paulo de Piis.

Petrus Antonius Silueſtrius I C.
Bononienſis.

Pro Illuſtriſſimo Principe N.

ARGVMENTVM CONSILII LXXV.

Late diſcutitur articulus, an confiſcatis bonis heredis fideicommiſſo grauati, res ſubiectæ reſtitutioni peti ſtatim poſſint, nõ expectata morte naturali grauati. Quatuor caſus diſtinguuntur & quilibet deciditur ab authore.

SVMMARIA.

1 *Heres ſi grauatus ſit per fideicommiſſum bona reſtituere & expreſſe alienare prohibitus extra certum genus perſonarum, confiſcatione ſecuta non poſſunt ſtatim peti bona fideicommiſſo ſubiecta.*
2 *Prohibitio alienationis à teſtatore facta contemplatione certa perſona valet, ſed fiſco non nocet.*
3 *Res alienari prohibita à teſtatore poteſt ex cauſa neceſſaria alienari.*
4 *Prohibitione facta de non alienando extra certum genus perſonarum legitimus ſucceſſor licet extraneus ſuccedere non prohibetur.*
5 *Emphyteuſis priuati licet tranſire non poſſit in potentiorem, tamen tranſire poteſt in fiſcum.*
6 *Ad fiſcum tranſeunt quæ ſunt ad extraneos tranſitoria.*
7 *Prohibitio alienationis non comprehendit eam quæ ex delicto ſequitur.*
8 *Fideicommiſſum ſimplex tacitam habet prohibitionem de non alienando.*
9 *Fideicommiſſarius vindicare poteſt bona prohibita alienari, ſi propter delictum confiſcata fuerint, non expectata morte naturali ipſius grauati.*
10 *L. Imperator. ff. de fideicommiſſa. liberta. expenditur.*
11 *Fideicommiſſarius ante mortẽ grauati vindicare poteſt bona alienata, vbi prohibita fuit expreſſe alienatio.*
12 *L. Filiusfam.* §. *diuus. de leg.* 1. *explicatur.*
13 *L. Peto.* §. *prædium. de leg.* 2. *explicatur.*
14 *L. Cum pater.* §. *cum inter. de leg.* 2. *explicatur.*
15 *Emphyteutica bona tranſire non poſſe in potentiorem, quomodo accipiendum.*
16 *Prohibitio alienandi expreſſa teſtatoris, & tacita legis prohibitio differunt.*
17 *Teſtator prohibere poteſt, ne bona confiſcari poſſint, & in caſum confiſcationis ſubſtituere & vocare aliquẽ.*

Christi Domini nostri auxilio humiliter implorato.

VT responsum congruum Illustriss. D. V. accideret, in ea facti specie, de qua me consulere dignata est, libenter rogassem, vt testamẽti exemplum insereret, sic enim Diocletianus admonet *in l. vt responsum. C. de transaction.* sed quia in vniuersum ex me scire cupit, quid iure communi inspecto statuendum sit de rebus ex fideicommisso restituendis, eo casu, quo grauatus heres delictum commisit, propter quod eius bona confiscata sunt, an scilicet agnati ex fideicommisso vocati vindicare bona possint, viuente grauato qui ob delictum passus est bonorum confiscationem, an vero illa apud fiscum manere debeant, quamdiu ille vixerit, propterea non vrgeo, vt mihi fiat testamenti quo fideicommissum continetur copia, si quidem hypothesi omissa video mihi diligenter tractandam esse thesin, ad quã proinde sic me confero, vt quatuor casus in hac materia distinguendos putem, & quid in vnoquoque iure constitutum ac receptum sit, maiori qua potero breuitate subiiciam.

Primus casus est, quando is qui delictum admisit, ob quod eius bona confiscata sunt, grauatus est, bona post mortem suam aliis restituere, & simul à testatore prohibitus est ea alienare extra certum genus personarum.

Secundus casus est, quando testator expresse vetat bona in fiscum transferri, propter delictum heredis grauati, mandatque eo in casu aliis restitui, & fisco auferri.

Tertius est, quando testator bona alienari vetat, mandans & volens ea perpetuo conseruari in familia ipsius, vel inter certum genus personarum.

Quartus casus est, quando nulla est expressa vel alienationis vel confiscationis prohibitio, sed tantum fideicommissum simplex in casum mortis grauati, vt teneatur aliis restituere bona relicta.

Quod attinet ad primum casum † vbi expressa est testatoris prohibitio de qua dictum est, bonis grauati confiscatis, ea quæ ex fideicommisso restitutioni sunt obnoxia vindicari non posse, nec fisco auferri, ab eo qui ex fideicommisso vocatus est, donec heres grauatus vixerit, censuerunt Paulus, Castrensis, Alciatus & Ruinus *in l. filiusfam. §. diui. de leg. 1.* vbi referunt eiusdem sententię Oldradum fuisse *in cons. 17.* & Romanum *in l. si constante. §. vlt. ff. soluto matr.* & hanc sententiam communem esse Alc. dixit *in cons. 783. n. 1.* 1

Primum argumẽtum quo nituntur est *ex d. l. filiusfamilias. §. diui. de leg. 1.* vbi Martianus ait prohibitionẽ alienationis † à testatore factã contemplatione certæ personæ valere, sed neque creditoribus, neque fisco fraudi esse, *quod si* (inquit textus) *liberis aut posteris aut libertis aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse: sed hæc neque creditoribus, neque fisco fraudi esse.* 2

Non obstat quod Accursius dicebat, non nocere fisco hanc prohibitionem, scilicet cum ei aliquid debetur ex causa tributorum, vel ex alia causa, nam respondit Alciatus sensum hunc superfluam reddere fisci mentionem, quia illa verba, *neque creditoribus*, omnes creditores complectuntur, & consequenter etiam fiscum, qui ex quacunque causa siue lucratiua, siue onerosa sit creditor. *l. creditores. ff. de verborum signific.* quare satis fuit, creditorum facere mentionẽ, & ideo verius esse videtur, secundum Alciatum ex eo textu probari bona à testatore alienari prohibita, confiscari posse.

Secundum argumentum est *ex l. peto. §. prædium. de leg. 2.* vbi probatur, rem alienari prohibitam, alienari posse † ex causa necessaria. Ait enim textus, *si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis.* Sed confiscatio propter delictum non est alienatio voluntaria sed necessaria, ergo tamdiu fiscus bona detinebit, quamdiu detinuisset ille, si delictum non commisisset. 3

Tertium argumentum est, quia quando facta est prohibitio de non alienando extra † certum genus personarum, legitimus tamen successor, quamuis extraneus succedere non prohibetur *l. cum pater. §. cũ inter. de leg. 2.* Bartolus *in l. peto. §. fratre. eod. tit.* igitur & fiscus succedit ob delictum grauati, quia legitimus est successor cum ex lege deferantur ei delinquentis bona, qua ratione motus dixit Ioannes Imolensis, *in l. si finita. §. vectigalibus. ff. de damno infecto.* emphysim priuati, licet transire † non possit in potentiorem, posse tamen in fiscum transire, quia est legitimus successor. Et licet diuersam sententiam Alexander *eodem in loco* habuerit, Imolensem tamen secuti sunt Bossius *tit. de bonorum publicatione. numero quadragesimo secundo.* Ruinus *in l. filiusfam. §. diui. numero quadragesimo octauo. de leg. 1.* Marcabrunus *in consilio 83. numero 180.* 4 5

Et hoc argumentum iterũ adferri potest in hunc modum. Nam si ad extraneum heredem bona transire possunt hoc in casu, *vt in dict. §. cum inter.* Igitur & † ad fiscum transire poterunt, ad quem ea transire constat, quæ sunt ad extraneos heredes transitoria, vt docet Bartolus de emphyteusi loquens. *in l. si finita. §. si de vectigalibus. numero sexto. ff. de damno infecto.* cuius sententiam communiter receptam esse scribit Clarus *§. emphyteusis. quæstione vicesima nona. in prin.* 6

Quartum argumentum est ex eo quod tradit

Iacobus de Arena quem refert Bartolus *in l. si quis in tantam. C. vnde vi.* prohibitionem alienationis de
7 illa alienatione † non esse intelligendam quæ fit propter delictum, quoniam fit à lege. *argum. l. 2. ff. de reb. eorum.* quam sententiam Bartolus ibi non improbat, nisi in casibus, in quibus is, cuius fauore res prohibita erat alienari commodum de præsenti percipiebat, veluti maritus ex dote vxoris, & pater ex bonis filii aduentitiis, in quibus vsumfructum habet. Sed in casu nostro nullum præsens commodum percipiebat is, qui ex fideicommisso vocatus erat, sed se percepturum sperabat eueniente casu fideicommissi.

Postremum argumentum est. Nam in simplici fi-
8 deicommisso tacita † inest alienandi prohibitio. *authen. res quæ. C. commu. de lega.* Et tamen confiscationi locus est donec viuit grauatus restituere. *l. cum pater. §. hereditatem. de leg. 2. l. statuu. §. Cornelio Felici ff. de iure fisci.* Ergo confiscationi locus esse debet, etiã quando expressa est alienationis prohibitio, à testatore facta. Taciti enim & expressi eadem virtus est. *l. cum quid. ff. si certum petatur.*

Verum istis non obstantibus contrariam sententiam & probabiliorem & communiorem esse iudi-
9 co. Nempe fideicommissarium † in proposita facti specie vindicare posse bona, & fisco auferre etiam ante mortem heredis grauati, qui delictum commisit propter quod eius bona confiscata sunt.

Hanc sententiam communiorem esse patet, quia eam amplexi sunt Bartolus *ad l. Imperator ff. de fideicommiss. libert.* Alexand. *in cons. 23. lib. 1.* Ruinus *consil. 23. lib. 5.* Riminald. senior *in cons. 143. lib. 2.* Decius *in cons. 442.* Iason *in l. filiusfamil. §. diui in 2. lectura. n. 19. de l. g. 1.* Socinus iunior *in cons. 77. num. 15. lib. 2. & cons. 49. lib. 3.* Curtius iunior *in cons. 120.* Alciatus *in cons. 650. num. 1.* Grammaticus *decis. 105. num. 5.* Cæpolla *cons. 58.* Berous *quæst. 41. num. 5. & 6.* Cotta *in verbo, testamentum. col. 2.* Rolandus *cons. 98. num. 11 libro 2* Clarus *§ fin. quæst. 78. vers. item quæro.* Marcabrunus *cons. 83 num. 69.* Plotus *cons. 10. num. 96* A'ba. *cons. 7. num. 17.* Bossius *tit. de bonorum publicatione. post num. 42.* Fridericus Scotus *cons. 1. lib. 2.*

Veriorem autem & probabiliorem esse hanc sententiam patet. Probatur enim *ex l. Imperator. ff. de fideicommiss. liberta.* vbi cum Firmius Martiano tragœ-
10 dos † tres legasset, & addixisset, *quos tibi commendo ne cui alii seruiant, publicatis bonis Titiani rescriptum est, debere eos publice manumitti.*

Illa testatoris prohibitio ne serui legati, cuiquam alii quam Martiano seruirent, æquiualet prohibitioni alienationis ipsorum seruorum sed publicatis bonis Martiani dicit textus seruos debere manumitti, ergo non possunt à fisco retineri. Si igitur & in casu nostro bona alienari prohibita, non poterunt à fisco
11 retineri. Et quemadmodum † quod attinet ad seruos locus est fideicommissariæ libertati, quæ inducitur ex eo quod testator voluit ne cui alii seruirent *l. rogo. ff. eod. tit.* ita etiam in quæstione nostra locus esse debet fideicommissariæ substitutioni à testatore factæ, post mortem grauati. Locus inquam esse debet statim non expectata morte ipsius grauati *l. argum. l. cum pater. §. libertis. de leg. 2* & declarat Paulus Castrensis *in l. filiusfam. §. Diui. num. 7. de leg. 1.* & ibidem Iason *in numero decimo septimo. & in 2. lectura. num. 20.* Ruinus *in consilio vicesimo tertio. numero 23. libro quinto.* Federicus Scotus *consilio vndecimo, numero quarto, libro quarto responsorum. tomo 2.*

Non obstat quod *ad d. l. Imperator.* respõdent Ruinus & Alciatus *in d. §. diui. num. 46. & post num. 49.* ex eo textu probari seruorum dominium ad fiscum ex publicatione peruenisse, quoniam aliter à fisco manumitti non potuissent. *l. 1. Cod. de his qui à non dom. manu.* Nam replicari potest seruos illos non beneficio fisci libertatem consequi, quasi eorundem seruorum domini effecti ex publicatione bonorum Martiani, sed libertatem consequuntur beneficio testatoris, quia dum prohibuit, ne serui aliorum seruitutem paterentur, videtur seruis libertatem dedisse, tam in casum mortis Martiani quam etiam in casum alienationis ipsorum seruorum, *vt habetur in l. rogo. ff. eod. tit.*

Præterea dato quod serui illi ad fiscum peruenire potuerint, satis tamen est, vt voluntas testatoris effectum sortiatur eos debere manumitti, posthabita fiscali & publica vtilitate, nam sic & in proposito nostro dicendum videtur, res prohibitas alienari, ad fiscum ex confiscatione ita peruenire posse, vt tamen eas restituere fideicommissario teneatur, vt seruetur defuncti testatoris voluntas, qui eas res alienari prohibuit. Ita respondit Socinus iunior *in consilio quadragesimo nono. lib. 3.*

Non difficile est ad cõtrariæ sententiæ argumenta respondere. Nam quod attinet *ad d. §. diui.* multis
modis † respondet Socinus iunior *in d. consil. 49. lib. 3.* 12
Primo, optime posse procedere quod dicebat ibi Glo. communiter approbata, nimirum prohibitionem non debere esse fraudi fisco, cui scilicet à testatore aliquid debetur ratione tributorum, licet enim fiscus contineretur sub nomine creditorum, tamen operæprecium fuit eius expressam facere mentionem, propter priuilegia, quæ habet. *argum. l. item apud Labeonem. §. ait prætor. ff. de iniur.* Maxime inquit Socinus iunior, cum ex Etymologia vocabuli creditoris dicatur, qui alterius fidem secutus est. *l. 1. ff. si certum petat.* Huc accedat quod dicitur *in rub. C. de seruit. & aqua. & similia.*

Secundo respondet Socinus iunior *loco annotato.* si id quod dicitur *in d. §. diui.* accipiendum sit, ne fisco fiat fraus, propter confiscationem bonorum, accipiendum esse de confiscatione bonorum propter delictum testatoris. Illa enim verba referenda esse ad testatorem videntur, animum habentem fiscum fraudandi, quemadmodum & quod ibi dicitur de creditoribus, intelligendum est de creditoribus testatoris, & eodem modo interpretatur illum textum Bossius *tit. de bonorum publicatione post num. 24.*

Aliter respondet Federicus Scotus *dicto consilio primo, libro secundo tomo 1. num. 135.* vbi dicit Socinum iuniorem, vt *ad §. diui.* responderet, totum diem iaculatum nihil collimasse, sed vt ingenue fatear, nulla mihi responsio satisfacit, ex prædictis, existimo enim sensum verborum *dicti §. diui.* alium esse quam vulgo putetur. nimirum illa verba: *Sed hæc neque creditoribus neque fisco fraudi esse.* accipienda esse de creditoribus defuncti, & de vicesima quæ fisco debebatur pro hereditatibus & legatis. Hoc enim vult Iurisconsultus prohibitionem alienationis à testatore factam heredi valere, sed tamen fisco non nocere, quin scilicet suam vicesimam consequatur ex bonis alienari prohibitis. Quam vicesimæ exactionem sustulit Iustinianus, vt patet *ex l. vlt. C. de edicto diui Adr. tollen.* qua de re videndus est Cuiacius *lib. 9. obseruat. cap. 24.*

Non obstat textus *in d. l. pater. §. prædium.* quia nul-
la est ibi † à testatore facta alienandi prohibitio ex- 13
pressa, deinde causa necessaria æris dissoluendi eo

fauore digna eſt, vt alienatio conſiſtat donec grauatus vixerit, atque adeo emptor tamdiu bona detineat quamdiu detineret grauatus. At cauſa delicti & confiſcationis non eo fauore digna eſt, vt bona diſtrahi poſſint, contra expreſſam teſtatoris prohibitionem ita Alexander *in conſ. 23. col. vlt. lib. 1.* Riminald. *d. conſ. 243. num. 59.* Ruinus *d. conſil. 23. num. 15.* & huc adferri poſſent, quæ late diſtinguendo circa neceſſitates caſuales & culpabiles tradit Menochius *de arbitr. iud. caſu 182. num. 45.*

Addi poteſt non eſſe neceſſariam alienationem illam, quæ ſequitur ex bonorum confiſcatione propter delictum, *argumento l. Imperator. ff. de iure fiſci* ibi. *ipſe te huic pœnæ ſubdidiſti*, &c.

Non obſtat. *l. cum pater. §. cum inter. de leg. 2.* quia
14 reſpondetur † illum tex. loqui de ſucceſſione inteſtati: illa enim eſt legitima & neceſſaria alienatio, quia ex facto neceſſario procedit, nimirũ ex morte, propter quam hereditas alicui eſt relinquenda: cæterum alienatio quæ ex confiſcatione ſequitur propter delictum fit, quod ex cauſa voluntaria procedit, ideo latum eſt diſcrimen, ita reſpondit Alexander *in l. ſi finita. §. de vectigalibus. nu. 36. ff. de damno infecto.*

Non obſtat Ruini replicatio *in dict. §. diui.* defunctum teſtamentum facere potuiſſe, & alios heredes inſtituere quam venientes ab inteſtato, quia ſatis eſt ſucceſſionem heredis legitimi originem habere ex cauſa neceſſaria, mortis ſcilicet, & confiſcationem ex cauſa voluntaria delicti, ex hoc enim apparet diſcriminis ratio inter fiſcum ex cõfiſcatione ſuccedentem, & eum qui ab inteſtato ad ſucceſſionem vocatur.

Non obſtat id quod Boſſius dicebat *tit. de bonorum publicatione. num. 41.* pro defenſione Imolæ bona em-
15 phyteutica † eccleſiæ alienari non poſſe in potentiorem, & tamen in monaſterium tranſire, ſi emphyteuta monachus efficiatur. Nam reſpondetur id quod dicitur emphyteutica bona eccleſiæ transferri non poſſe in potentiorem, accipiendum eſſe titulo emptionis, aliis autem modis transferri poſſunt, vt declarat Alexand *in d. l. ſi finita. §. de vectigalibus. poſt n. 36. verſ. vel reſponde quod iura prohibent.* Quanquam cum monaſterium loco filii habeatur, nil mirum eſt ſi in monaſterium bona transferuntur, ſi quidem & in potentiorẽ transferri poſſunt emphyteutica bona qui filius ſit, vt declarat Iaſon *in l. ſi ita quis. §. ea lege. n. 13. 14. ff. de verb. oblig.*

Adde nec ſatis ſolidam videri eorum traditionem, qui dixerunt, bona emphyteutica in eccleſiam tranſire, ſi emphyteuta monaſterium ingrediatur, ex traditis per Clarum *§. emphyteuſis. quæſtione trigeſima tertia.*

Ex his reſponſio patet ad argumentum quod ſumitur *ex d. §. cum inter.* de quo valde ſollicitus fuit Boſſius, & cui non recte reſpondit Socinus iunior *dicto conſilio quadrageſimo nono, numero vndecimo, libro tertio.*

Non obſtat quod adferebatur ex Iacobo de Arena, quia eius dictum nõ procedit, quoties alterius quam prohibiti fauore alienationis facta eſt prohibitio, vt declarat Bartolus *in l. ſi quis in tantam. C. vnde vi.* Et licet exemplum afferat in dote, in qua maritus ius habet de præſenti, eadem tamen ratio eſt eo in caſu, quo alicui ex ſubſtitutione poſt mortem alterius facta ius competit, quia tunc alienatione ſecuta, ſubſtitutus ſtatim admittitur, & conditio ſubſtitutionis venit, vt late proſequitur Ruinus *in d. conſ. 23. n. 12. 13. 14. lib. 5.*

Non obſtat vltimum argumentũ, quia magnum eſt diſcrimen inter prohibitionem † teſtatoris ex- 16
preſſam, & tacitam illam prohibitionem, quæ ex fideicommiſſi reſtitutione oritur, vt declarat Gloſſa communiter recepta *in l. cum pater. §. libertis. de leg. 2.* & ſine dubio tacita prohibitio illa legis, coniuncta cum prohibitione expreſſa teſtatoris, plus operari debet, vt deducunt late Ruinus *d. conſ. 23. poſt num. 11. lib. 5.* Socinus iunior *d. conſ. 49. poſt num. 10.* & Berous *d. quæſtione 41. prope finem.* Atque hæc de primo caſu.

Quod attinet ad ſecundum, cum teſtator expreſ-
ſe vetat bona † in fiſcum transferri, nulla eſt dubita- 17
tio quin ſubſtitutus ea vindicare ſtatim poſſit, vt fatetur Alciatus *in d. l. filiusfam. §. diui. num. 6. de leg. 1. & in l. poſt contractum. in 6. præſumptione. ff. de donatione.* Boſſius *de bonorum publicatione, poſt num. 30.* Scotus *reſponſo 1. lib. 2. tomo 1. num. 221. & ſeq.* Marozarus *de fideicommiſſis. quæſt. 47.*

Quod attinet ad tertium caſum, † cum ſcilicet te- 18
ſtator prohibet bona alienari, & mandat perpetuo in familia conſeruari, nulla eſt dubitatio, nulla difficultas, quin bona vindicari ſtatim poſſint, & fiſcus ea reſtituere teneatur proximioribus de familia. Eſt enim ſatis manifeſta voluntas teſtatoris hoc in caſu, quod late deductum Alexand. *in conſ. 23. num. 17. lib. 1.* Riminald. *conſ. 243. num. 70. lib. 2.* Socinus iunior *conſ. 49. num. 9. lib. 3.* Clarus *§. fin. quæſt. 78. verſ. item quæro.* & in hoc Ruinus quoque non diſſentit. *in d. l. Filiusfam. §. diui. poſt num. 46. de leg. 1.*

Denique quod attinet ad quartum caſum vbi agitur de fideicommiſſo ſimplici in caſum mortis relicto, nulla † expreſſa facta prohibitione alienatio- 19
nis, exiſtimo non ſtatim bona vindicari poſſe, per eum, qui poſt mortẽ vocatus eſt, ſed expectandam eſſe mortem naturalem grauati qui delictum commiſit, propter quod eius bona confiſcata ſunt.

Moueor primo *ex l. cum pater. §. hereditatem. de leg. 2.* vbi Papinianus, *hereditatem filiis ſuis cum moreretur, vel cui ex his voluerit reſtituere fuerat rogatus, quo in inſulam deportato eligendi facultatem non eſſe pœna peremptam placuit, nec fideicommiſſi conditionem ante mortem filii heredis exiſtere.*

Secundo *ex leg. Statius. §. Cornelio Felici. ff. de iure fiſci.* vbi mater ſcripta heres rogata erat hereditatem poſt mortem ſuam Cornelio Felici reſtituere. Et cum heres ſcripta condemnata eſſet, à fiſcoq; omnia eius bona occuparentur, & diceret Felix ſe ante pœnam eſſe, reſponſum eſt, quia nondum dies fideicommiſſi veniſſet, ipſum Felicem repulſum eſſe interim à petitione fideicommiſſi.

Tertio quia hæc eſt communis omnium ſententia. Ita enim docuerunt Angelus *in l. Papinianus. § meminiſſe. ff. de inoff. teſtam.* Alex. *conſ. 185. col. 4. lib. 2.* Curt. iun. *conſ. 110. n. 11* Ruinus *conſ. 122. col. 4. lib. 2. & in §. diui. col. 19. verſ. ex his.* Socinus iunior *conſ. 158. nu. 67. & 14. n. 16. li. 2. & 49. li. 3.* Caſtr. Alex. & Rip. *in l. ex facto. §. ex facto ff. ad Treb.* Boerius *deciſ. 268. n. 3. 5.* Berous *q. 41.* Boſſius *tit. de bonorum publicatione n. 34.* Rui. *conſilio 23. num. 15. lib. 5.* Riminaldus ſenior *conſil. 243. num. 70.* Riminaldus iunior *conſ. 65. num. 44.* Rolandus à Valle *conſ. 98. num. 10. 14. lib. 2.* Tobias Nonius *conſ. 31. num. 6.* Burſatus *conſ. 140. num. 13.* Plotus *conſ. 30. n. 96.* Clarus *§. fin. quæſt. 78. verſ. item quæro.* Marcabrunus *conſ. 83. n. 185.* D. meus Cæphalus *conſ. 395. lib. 3.* Ioan. Petrus Surdus *conſ. 90.*

Sed

Sed huic veræ & communi sententiæ obstare videntur multa, quibus ordine respondendum est.

Primum obstare videtur *l. actione. §. publicatione. ff.* 20 *pro socio.* vbi dicitur publicatione † bonorum vnius ex sociis dissolui societatem. *Nam cum in eius locum alius succedat*, inquit textus, *pro mortuo habetur.* Sic igitur & in proposita quæstione cum fiscus, in locum heredis grauati, succedat, pro mortuo habetur, & consequenter locus erit fideicōmisso post mortem eius re icto.

Respondeo *in d. §. publicatione*, hanc rationem esse 21 cur dissoluatur societas, quia † illa non transit ad heredem. *vt habetur in d. l. actione. §. societas. ff. pro socio.* Ergo nec in fiscum transire potest qui loco heredis esse videtur, cum ex bonorum publicatione succedit, ita Parisius *in l. Gallus. §. & quid si tantum. post numer. 34. ff. de liber. & posthum.* vel ratio est secundum Ruinum *eodem in loco, numero octauo.* quia alienatione omnium bonorum societas dissoluitur. *vt in d. l. actione. §. 1. & in §. item si quis. in Instit. eod. tit.* Publicatio autem bono m quæ ob delictum sequitur similis est alienationi omnium bonorum, vt patet. Verba igitur illa. *Nam cum alius in eius locum succedat, pro mor-* 22 *tuo habetur.* restringenda † sunt ad casum illum & sub- 23 iectam illam materiam. Ratio enim † legis generalis intelligitur secundum terminos ipsius legis, super qua est posita. *c. super literis. de rescrip.* vbi Decius *colum. 3.* Socinus *d. §. & quid si tantum. colum. 2.* Cagnolus *in l. 1. num. 65. Cod. qui admitt.* Et traditur ad alios casus si commode id fieri potest, alias secus vt declarat Bartolus *in l. metum. §. animaduertere. ff. de eo quod metus causa.* Alciatus *libro sexto, Paradoxorum, capite octauo.*

Secundo obstare videtur tex. *in l. ex facto. §. si quis rogatus. ff. ad Trebellian. & in l. intercidit. ff. de cond. & demonst.* Nam *in d. §. si quis rogatus.* dicitur damnatum 24 ad † metallum *sine liberis decessisse videri, & in d. l. intercidit*, eam pœnam quæ seruitutem irrogat, morti similem esse: quibus legibus Angelus adductus *in d. §. si si quis rogatus.* dixit statim locum esse fideicommisso si grauatus heres damnatus sit ad metallum, non aliter ac si naturaliter esset mortuus quod nec Bossius negat *tit. de bonorum publicatione. num. 35.* nec D. Cæphalus *in cons. 395. num. 36.*

25 Respondeo non esse † veram Angeli sententiam. Nam exspectandam esse mortem naturalem, etiam si heres grauatus in metallum damnatus sit, aduersus Angelum respondit Alexander *in d. l. ex facto. §. ex facto. n. 4. 5.* & ibidem Castrensis *numero vicesimo.* Ripa *numero vndecimo.* Boerius *decis. 278. num. tertio & quarto.* Berous *quæstione 41. numero quinto.* Io. Petrus Surdus *cons. 90. num. 34.*

Non obstat tex. *in d. § si quis rogatus. & in d. l. intercidit.* quia damnatus in metallum seruus pœnæ efficitur, & amittit ea quæ sunt iuris ciuilis *l. quidam sunt serui. ff. de pœnis.* merito ius eligendi amittit & à legati acquisitione excluditur vt deducit Ripa *in d. §. ex* 26 *facto. numero vndecimo.* Et cum hodie nullus † seruus pœnæ efficiatur. *authen. sed hodie. C. de donat. inter vir. & vxo.* cessat argumentum de damnato in metallum qui seruus pœnæ efficiebatur *vt in d. l. quidam sunt serui.* vt respondit Surdus *d. cons. 90. post num. 34.*

Tertio obstare videtur *l. Paula Calinucho. §. Pompeius. de leg. 3.* vbi cum Hermippi bona ad fiscum perue- 27 nissent † Titiana soror post Hermippi mortem vocata fideicōmissum petebat, & secundum eam pronunciatum est. Respondeo cum præceptore meo D. Cæphalo *in d. cons. 395. num. 34. lib. 3.* illum textum non negare necessariam fore mortem naturalē grauati fratris, quamuis bonis fratris confiscatis soror fideicommissum peteret. Ibi enim de alio principaliter quærebatur, an scilicet fideicommissum quoque post mortem fratris relictum in codicillis esset remissum vna cum aliis prælegatis, & propterea cætera habilia sunt præsupponenda. *l. qui testamento. in princ. ff. de testam.* quæ responsio clarior erit si verba textus adscribamus, quæ sic habent: *Hermippi bona ad fiscum peruenerant. Titiana soror fideicommissum petebat, querebatur vtrum pro hereditate tantum, an & pro iis qua frater post mortem rogatus erat restituere, pater eam voluisset accipere ea, qua codicillis reliquerat, mihi ab omni voluntate recessum videbatur, placuit humanius interpretari ea sola, qua viuente fratre acceptura erat adempta videri, non etiam que post mortem eius reliquerat si sine liberis decederet, & ita pronunciaui.*

Vides nullum ibi verbum esse, quod non sit exspectanda mors naturalis fratris grauati, nec enim illud quærebatur, sed aliud. nempe, an etiā fideicommissum remissum esset, propterea quod vt ibi dicitur in verbis præcedentibus. *Post testamentum factu codicillis certa sibi prædia dederat, eamque his contentam esse voluit pro omni hereditate, & iis que in testamento reliquerat.* Inter hæc autem erat & fideicommissum post mortem fratris relictum, quod Iurisconsultus pronunciauit remissum non videri. Vtrum autem statim publicatis bonis fideicommissum peti potuerit, an vero mors exspectanda esset grauati, non quærit ibi nec decidit Iurisconsultus, quare nihil obstat sententiæ nostræ.

Quarto obstare videtur *l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Treb.* vbi dicitur, bona fisco † vindicari *cum causa sua.* 28 Videntur enim ea verba significare fiscum ea retinere non posse, sed fideicommissario restituere debere. Respondeo cum sua causa bona fisco vindicari, hoc est, cum onere restituendi ea fideicommissario post mortē grauati, vt declarat Tobias Nonius *cons. 31. n. 6.*

Quæ responsio valet etiam *ad l. in facto. §. vlt. ff. de cond. & demonst.* quatenus ibi dicitur fiscum cum suo onere vindicare, vt declarat D. Cæphalus *dicto consilio 395. num. 33.*

Quinto obstare videtur *l. 1. §. vlt. ff. de bonor. poss. ff. contra tab. & l. si necem. §. si deportatus ff de bon.* vbi filio deportato nepos admittitur ad bonorum possessionem ea ratione, quia † deportati loco mortuo- 29 rum habentur.

Respondent Alexand. Imola & Castrensis *in d. l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Treb.* & Berous *quæst. 41. nu. 5.* deportatos pro mortuis haberi in iis quæ cedunt in eorum commodum, non autem in iis quę in alterius commodum, puta fideicommissarii cedunt.

Sed merito refellitur hæc responsio à Ripa *ibi. n. 11.* quia *in d. § vlt.* illud commodo nepotis cedit, quod deportatus pro mortuo habeatur. Idem Ripa non probat quod dicebat Bartolus *in l. ex ea. §. Insulam. ff. de verb. oblig.* mortem ciuilem quam deportatio inducit æquiparari morti naturali, quando eundē per omnia effectum producit. Et ideo ipse Ripa respondet *in d. §. vltim.* agi de iure acquirendo per deportatum, in quæstione vero nostra agi de iure acquisito, quod difficilius tollitur. Sed forte melior est responsio, si dicamus deportatos pro mortuis habendos secundum subiectam materiam, in certis casibus, in quibus deportatio eundem quoad materiam subiectam effectum producit quem mors naturalis. Non tamen constituenda idcirco est generalis regula. Deportatos pro mortuis habendos, vti explicant Pari-

sius. *in l. Gallus.* §. *& quid si tantum. num.* 34. *ff. de liber. & posth* & ibidem Ruinus *num.* 8. Cur autem *in d.* §. *vlt.* deportatio ita prosit nepoti, vt ad bonorum possessionem admittatur, si filius deportatus sit, eam esse causam puto, quod nudum heredis nomen alteri succedere volenti, nocere non debeat. *l.* 2. §. *sed si sint sui heredes. ff. ad Tertul.* Cum itaque filiis succedere non possit, quia deportatus, merito nepos admitti debet.

Ita in simili, si statuto sit cautum, vt existentibus
30 masculis fœminæ non † succedant, si masculi extent & succedere non possint, fœminæ admittuntur, vt probat Bartolus *in d. l.* 2. §. *sed si sint sui.* Castrensis *in consilio quinquagesimo septimo. & 279. libro primo.* Alexand. *cons.* 197. *libr.* 6. Brunus *in tractat. quod stantib. masculis. & c. art.* 2. *num.* 116. D. meus Cæphalus *consil.* 318. *num.* 17. *lib.* 3.

Sexto obstare videtur, quod scribit Bartolus *in l si quis in tantam. C. vnde vi.* bona alienari prohibita fa-
31 uore † alterius quam prohibiti in fiscum transire non posse. Bona autem fideicommisso subiecta prohibentur alienari fauore eorum, qui ex fideicommisso sunt vocati. *auth. res qua. C. comm. de lega.* ergo ad fiscum transire non possunt.

Respondeo Bartolum accipiendum esse, quando
32 res † prohibita est alienari fauore alterius, qui ius de præsenti habet, vt maritus in dote, & pater in bonis filii quantum ad vsumfructum, vt declarat Alciatus licet ad aliud propositum. *in d. l. filiusfamil.* §. *diui. de leg. primo.* & ita leges à Bartolo citatæ loquuntur. Tale autem ius de præsenti non habet is, cui fideicomissum post mortem heredis relictum est, vt patet.

Septimo obstare videtur, quod scribit Alexander *in cons.* 23. *lib.* 1. bona quæ ad extraneos heredes per-
33 uenire † non possunt, nec ad fiscum posse peruenire, qui loco extranei habetur. Sed bona restitutioni subiecta non possunt ad extraneos heredes peruenire, quia restituenda sunt fideicommissariis, ergo nec ad fiscum.

Respondeo bona ad fiscum non peruenire, vt a-
34 pud eum perpetuo sint, sed † peruenire cum sua causa, id est, cum onere ea restituendi fideicommissario post mortem heredis grauati.

Octauo obstare videtur, quod scribit idem Alexander *d. cons.* 23. *lib.* 1. condemnatos capitali crimine
35 haberi pro † mortuis naturaliter, maxime si possint impune offendi ex forma statutorum. Respondeo non esse pro mortuis habendos, quantum ad hoc, vt fideicommissum quod post mortem relictum est peti possit, licet fortasse aliqua ratione haberi possint pro mortuis, vt explicat Ioan. Petrus Surdus *d. consilio* 90. *num.* 32. & alii.

Vltimo obstare videntur, quæ vulgo dici solent
36 de morte ciuili, æquiparanda † naturali, sed his omnibus late occurrunt Ruinus & Parisius *in d.* §. *& quod si tantum*, & alii.

Ita iuris esse puto, saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Illustrib. Comitib. Germanis.

ARGVMENTVM CONSILII LXXVI.

Trãsactio an rescindi possit propter enormem læsionem vltra dimidiam, posito quod illa sit probata, iuramento non obstante, à quo tamen absolutio concessa fuit ad effectum agendi & excipiendi.

SVMMARIA.

1 *Transactio rescindi potest propter enormem læsionem.*
2 *L. Si superstite. C. de dolo. expenditur.*
3 *Transactio qua continet læsionem enormem, videtur per calumniam facta.*
4 *Maioribus perperam deceptis succurrendum.*
5 *Venditor vltra dimidiam læsus, petere potest contractus rescissionem.*
6 *Dolus re ipsa & ex proposito æquiparatur.*
7 *L. Lucius.* §. *vlt. ff. ad Treb. expenditur.*
8 *Læsio vt probetur ex contractu, inspicitur tempus contractus.*
9 *Læsio quo modo in transactione consideranda sit.*
10 *L. A diuo Pio.* §. *si pignora. ff. de re iud. explicatur.*
11 *Dolus excipiendus ex generali sermone.*
12 *L. in summa. ff. de cond. indeb. expenditur in illis verbis*, & quidem quod transactionis, &c.
13 *Transactio & iuramentum æquiparantur.*
14 *Iuramentum efferens, constituit aduersarium testem & iudicem in causa propria.*
15 *Iurans falsum Deum vltorem habet.*
16 *Iuramento causa decisa aliquando retractari potest.*
17 *L.* 1. *in fine. C. de plus petitio. explicatur.*
18 *Transigens remittit dubium & incertum litis euentum.*
19 *Læsus per sententiam appellare potest.*
20 *Transactionem rescindi non posse propter læsionẽ enormem, multi censuerunt.*
21 *Doctorum autoritas probabilis, non necessaria.*
22 *Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, debet habere tres comites, veritatem, iustitiam & iudicium.*
23 *Absolutio à iuramento concedenda, quando peccatum continet ex parte eius cui præstitum est.*
24 *Lædens alterum in contractu peccat.*
25 *Absolutionem esse concedendam à iuramento propter læsionem immodicam multi censuerunt.*
26 *Absolutione concessa à iuramento contractus rescindi potest.*
27 *Ita decisum est in Rota Romana Auditorio, & alii doctores idem responderunt.*
28 *Absolutio à iuramento concessa ad effectum agendi vel excipiendi valet, etiam ad effectum obtinendi in causa.*
29 *Contractum iuramento firmatum rescindi non posse ob læsionem enormem multi censuerunt.*
30 *Ius speciale tollitur facilius quam ius commune.*
31 *Iurans super aliquo facto, intelligitur iurare super omni iure descendente ex illo facto.*
32 *Iuramentum facit valere actum omni meliori modo.*
33 *Habet vim specialis consensus, & quomodo id accipiendum.*
34 *Contractus rescindi non potest ob læsionem infra dimidiam.*

Christi Domini nostri auxilio humiliter implorato.

De grauissimis quæstionibus, & apud Iurisconsultos maxime controuersis in hac causa video mihi

mihi esse differendum. Duo enim hæc puncta ex cõsensu partiũ Illustres & excell. Viri D. arbitri, pro veritate discutienda transmiserunt.

Primum est, an posito, quod ex transactione qua de agitur altera pars enormiter & vltra dimidiã læsa fuerit, eius rescissionem petere possit. Alterum est, dato, quod rescindi possit, an iuramentum quo firmata est transactio rescissionem impedire valeat, licet absolutio ad effectum agendi & excipiendi concessa fuerit. Rectè igitur ordineq; facturus videor, si meam de vtroq; puncto sententiã sigillatim adscripsero, argumentis in medium adductis, & contrariis confutatis. Hoc enim in primis optant Domini mei, quibus me pro iustitia morem gerere par est.

Existimo itaq; quantum ad primum punctum attinet transactionẽ rescindi posse, propter enormem,
1 vt † vocant, læsionem. Moueor primo authoritate *l. si super fide. C. de dolo.* vbi, cũ filia quæ cũ patre bona fide transegerat, ex ea trãsactione læsa grauiter fuisset, ait Imperator ad ipsam, *Sane, si immodicè læsa es, liberatione solenniter per nouationẽ atq; acceptilatione factã, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factũ actio tibi tribuenda est.* Hunc tex. perpẽdunt in hanc sententiam fere omnes, qui eam secuti fuere, quos infra adducam.

Non obstat quod scribit Alexander ibi, dolum patris ex ꝓposito interuenisse: *non fuit*, inquit, *intentio*
2 *littera † hic velle, quod ex immodica læsione contrahentis præsumatur dolus, sed quod pro immodica læsione non competeret ista actio contra patrem quem constaret in dolo fuisse.* Non, inquam, id obstat, quia textus præsupponit transactionem bona fide factam fuisse, vt patet ex illis verbis *postea transegisti cum eo bona fide.* Nihil autem magis repugnet bonæ fidei quam dolus.

Non obstat etiam id quod Pinellus dicebat *in leg. 2. Cod. de rescind. vend. in prima parte cap. 4. numer. 23* in ea facti specie patris dolum cum filia transigentis interuenisse, & ex immodica læsione probari, quia pater administrauerat bona filiæ, & matris, cui filia successerat, postea vero transegerat cum filia ab ea liberationem extorquens, quasi etiam fecisset. merito in dolo versatus videri potest, non enim poterat pater in facto proprio, & in his quæ gesserat, & notissima habebat ignorantiam prætendere, quare dolus eo in casu consideratur & resultat ex qualitate facti, vt dicitur *in l. dolus. C. de rescind. vend.*

Non inquam obstare mihi videtur hæc Pinelli interpretatio, quia Imperator ibi ponit vim in læsione immodica, ex qua sine dubio dolus re ipsa probatur, vt inferius dicam, dolum autem à patre adhibitum fuisse vel in administratione vel alio modo non constat, vnde satis est mihi, dolum in transactione ex proposito adhibitum nõ fuisse. licet n. ex immodica læsione dolus re ipsa oriatur, & ex qualitate facti resultet, id tamen intentioni meæ non refragatur, imo iuuat sententiam meam, quoniam & ipse contendo dolum ex immodica læsione re ipsa oriri, ac proinde transactionem esse rescindendam.

Secundo moueor *ex l. in summa. ff. de cond. indeb.* in illis verbis. *Sin autem euidens calumnia detegitur & transactio imperfecta est, & repetitio datur.* Nam cum tam grauem læsionem transactio continet, vix est, vt negari
3 possit, calumniam † euidentem ex ea detegi, sicuti perpendunt Antonius Burgos. *in cap. cum causa. num. 32. de empt. & vend.* Cagnolus *in leg. 2. numero 78. Cod. de rescind. vend.* Socinus iunior *in consilio 144. numer. 8. & 9. lib. 1.*

Tertio *ex leg. 3. C. commu. vtriusque iudi.* vbi Diocle-
4 tianus *maioribus † etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine iudicio factu diuisionibus solet subueniri: quia in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur*, vbi Gl. *in verb. perperam.* exemplum adfert cum quis vltra dimidiam læsus est.

Quarto *ex leg. 2. C. de rescind. vend.* vbi patet venditionem rescindi, propter † læsionem vltra dimidiam, 5
ergo & aliæ etiam pactiones & cõuentiones, rescindendæ erunt, vbi similis interuenerit læsio, quem textum vrgent omnes, qui transactionem rescindi posse propter enormem læsionem docuerunt.

Quinto quia vbi tanta est lęsio scilicet vltra dimidiam, ibi dolus re ipsa apparet † qui dolo ex proposi- 6
to æquiparatur *leg. si quis cum aliter ff. de verb. oblig.* cum autem dolus interuenit, tunc transactio rescinditur *l. & eleganter. ff. de dolo. l. vlt. C. mand. l. qui cum tutorib. §. qui per fallaciã. ff. de transact.* ergo rescindi debet etiam quando interuenit læsio vltra dimidiam.

Postremo moueor authoritate eorum, qui in specie ita docuerunt, transactionem rescindi posse propter enormem læsionem. Ita Bartol. *in l. 2. C. de rescind. vend. & in l. Lucius. § vlt. ff. ad Trebell* vbi etiam Castrens. Angel. & Imol. Decius *cons. 60. n. 4. & 597. nu. 10.* Socinus Senior *cons. 85. n. 3 lib. 1.* Card Butr. & Anton. Burg *in c. cum causa. de emp. & vend.* Fabian à Monte *de emp. & vend. q. 8. n. 13* Rubeus *conf. 71. nu. 8.* Petrus Rebuff. *de rescisso. contract. articulo vnico Glo. 15. nu. 18.* Socinus iunior *cons. 129. n. 48. lit. 1. & 98. n. 17. lib. 2* Cagnol. *in l. 2. n. 29. C. de pact.* alios citant Pinell. *ibidem in prim. parte c. 4 n. 14.* Anto. Gabr. *tit. de emp. & vend. con. l. 1. nu. 68.* Adde Rotam Romanam *in nouiss. mu decis. in prima parte. decis. 102. n. 2.*

Quibus ita positis non obstant argumenta quæ in contrarium adferri possunt. Primum argumentũ est, *ex l. Lucius. § vlt. ff. ad Treb.* vbi, *heres † eius qui post mortem* 7
suam rogatus erat vniuersam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, iis quibus fideicommissum debebatur restituit. Postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse, quæsitum est an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, si nõ transactum est posse.

Respondeo duo esse obseruanda in hoc proposito. Vnum est, cũ agitur de probanda lęsione ex transactione, spectandum † esse tempus transactionis fa- 8
ctæ. Semper enim tempus rei gestæ spectandũ est ad læsionem cognoscendã *l. si voluntate. C. de rescind. vend.* notat Cagnol. *in d. l. 2. n. 113. C. eod. tit.* Alterum est læsionem in transactione necessario ita esse † consideran- 9
dam, si considerato dubio litis euentu, minus dimidia quis accipit ex transactione, quã debuisset accipere etiam ratione habita dubii litis euẽtus, vt declarat Bart. *in l. 2. n. 7. C. de resc. ind. vend. & in l. si quis cum aliter n. 5. ff. de verb. oblig.* & ibidem Aretin *n. 4.*

His ita constitutis cur transactio apud Scæuolam rescindi nõ possit in ea facti specie, in qua quadruplo amplius in hereditate repertum fuit, hæc est causa quia tempore transactionis factæ de non ita an non poterat plus in hereditate fuisse. Dicebat enim heres eam solam quantitatem quã restituit in bonis fuisse, & tunc instrumenta non erant in promptu, quibus ostendi poterat, quadruplo amplius in hereditate fuisse, sed postea reperta sunt. Quare in ea lite incertum erat quid & quantum fideicommissum petens consecuturus fuisset, & fortasse nihil amplius erat consecuturus: Et ideo à ratione habita dubii euentus litis, non erat in ea facti specie probata læsio vltra dimidiam, merito transactio rescindi non potuit.

Secundum argumentum est *ex l. sub prætextu instrumenti. C. de transact.* vbi sub prætextu instrumenti nouiter repetri transactio rescindi nõ potest. Et tamen ex instrumento nouiter reperto fieri potest, vt probetur læsio vltra dimidiam.

Respondeo hoc argumentum ex iam dictis confutari, quia scilicet non apparet læsionem fuisse tempore factæ transactionis & dubio litis euentu considerato sicuti considerari debet.

Tertium est *ex leg. à diuo Pio. §. si pignora. ff. de re ind.*
10 vbi Vlpianus *si creditor* † *maluerit pignora in creditum possidere, sisque esse contentus, rescriptum est, nõ posse amplius quod sibi debetur petere: quia velut pacto transegisse de catero videtur, qui contentus fuit pignora possidere.* Ex hac lege argumentum sumitur, quia fieri potest, vt creditor pignore accepto contentus læsus fuerit vltra dimidiam, & nihilominus non potest amplius quod sibi debetur petere.

Respondeo eo in casu iudicis authoritatem accedere per quam pignora adiudicantur, nostra autem quæstio est de transactione facta extra iudicium, inter partes, sicuti late explicant Anto. Burgos. *in c. cum causa. n. 45. de emp. & vend.* Fabian. de Monte *de emp. & vend. quæst 8. prin. n. 9.* Rebuff. *de rescind. contractu art. vnico. Glo. 15. n. 41.* alios citat Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 4. nu. 10.* Gabrielius *de emp. & vend. concl. 1. num. 64.*

Alia etiam suppetit responsio ex Cagnolo *in d. l. 2. num 78.* illum textum non habere locum quoties vltra dimidiam læsio contingit, illa † enim quia dolum
11 re ipsa continet, videtur excipienda, *argumento l. Creditor §. Lucius. ff. mand.* quam regulam late exornat D. meus Cæphalus *in cons. 210. num. 82. & 405. numer. 25.* quę responsio non est improbabilis, quicquid Pinellus dixerit (nihil enim solidi in contrarium adfert) *in d. l. part. 1. ca. 4. n. 11.* Alia non me latent quæ ad explicationem *d. §. si pignora.* adferuntur à Duareno *libr. 1. disput. c. 6.* Robert. Autel. *lib. 1. senten. c. 22.* Alc. *lib. 6. Paradoxorum. cap. 3* Zasio *in commentarius d. §. si pignora.* Sed ea missa facio, quoniam ad rem non pertinent.

Quartum argumentum est *ex l in summa. ff. de cond. indeb.* in illis verbis *& quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. Nam si lis fuerit, hoc ipsum, quod à lite discedutur, causa videtur esse.*

12 Respondeo non eum † esse sensum legis q transactio nõ sit rescindenda propter enormem læsionem. Nullum. n. ibi verbum hac de re, sed sensus est repetitionẽ soluti non concedi quasi sine causa fuerit solutũ, & nihil deberet is qui soluit, quia sufficit solutum esse transactionis nomine, illa enim est iusta causa soluendi, quia per transactionem à lite recessum est. Sed vtrum transactio rescindi possit, si forte læsionem contineat, non decidit ibi Iurisconsultus.

13 Quintum argumentum est, quia transactio † & iuramentum æquiparantur *l. 2. ff. de iure iu.* Sed vbi lis iureiurando decisa est, non retractatur quamuis læsio grauissima intercesserit, ergo nec debet retractari causa transactione decisa. Minor probatur *ex l. non erit. §. dato. & leg. nam postea. §. 1. ff. de iureiu.*

Respondeo illud in iureiurando specialiter constitutum esse, quia is, qui iuramentum offert, con-
14 sentire † videtur, vt iurans iudex sit & testis in causa propria, *l. vlt. C. de fideicommiss.* quare sibi imputare id
15 debet, si postea lædatur. Iurans † enim si peierauerit DEVM vltorem habet *l. 2. C. de reb. cred.* & sufficit periurii pœna *l. nam suffi. it. ff. de dolo.*

16 Quanquam † & aliquando rem decisam iureiurando retractari posse non ignorem, si periurium detegatur, per rei euidentiam vel confessionem partis, ex traditis per Crauett. in *cons. 73.* per Marantam *in nono actu. vers. d. f. rtur aliquando. n. 23.* Villalob. *in verbo, iuramentum. n. 153.* Bursatum *cons. 125. n. 6.*

Sextum argumentum est *ex l. quod si deferente. ff. de dolo.* ibi *per iusiurandum enim transactum videtur.* Respondeo, vt supra proxime responsum est.

Septimum argumentum est *ex l. 1. in fine. C. de plus petitio.* ibi *transactionibus scilicet & secundis consensionibus, etiam in hac specie suam obtinentibus firmitatem.* Respondeo textum illum non loqui de dolo † commisso in 17
transactione, sed de transactione facta super cautione dolo extorta, quę transactio valet, & operatur, vt cesset pœna illa.

Octauum argumentum est, quia transigens † re- 18
mittit dubium & incertum litis euentum *l. quod debetur. ff. de peculio.* ergo læsionem allegare non potest. *l. 1. C. de pactis l. de fideicom. C. de transact. l. si ea lege. C. de vsuris.* Respondeo nos loqui quando ratione habita huiusmodi dubii litis euentus, læsio ex transactione oritur, vltra dimidium, & ideo argumentum cessare.

Nonum argumentũ est, transactio & res iudicata æquiparantur *l. non minorem. C. de transact.* Sed res iudicata prætextu læsionis non rescinditur *l. sub specie. C. de re iud. leg. 2. C. quando prouo. non est necess.* ergo nec transactio.

Respondeo hæc esse dissimilia, quia læsus † per 19
sententiã appellare potest, ideo si nõ appellat, videtur cõsentire, & sibi imputare debet. Sed transigens nullum aliud remedium habet, quo sibi enormiter læso consulere possit, nisi transactionem ipsam rescindat, merito illam rescindere poterit. Ita respondent Rebuff. *de resciss. contract. artic. vn. Glo. 15. num 19.* Cagnolus *d. l. 2. C. de resin. vend. n. 76. vers. tertio pro hac parte facit.*

Decimum & postremum est, ex eorum authoritate qui nominatim responderunt, transactionem † re- 20
scindi non posse propter enormem læsionem *Gl. in c. cum causa. de emp. & vend.* & ibidem Innocen. Io. Andr. Ancharan. & Barba. *Glo. in leg. l. n. ius. §. vlt. ff. ad Trebell.* Specul *tit. de emp. & vend. §. nunc dicendum. vers. quid de transact.* Cynus, Salycetus & Baldus *in leg. 2. de rescind. vend.* Angelus *in l. in summa ff de cond. indeb.* Iason, Alex. & Aretinus *in leg. si quis cum aliter. ff. de verb. oblig.* Guido Papæ *singul. 376.* Curtius Senior *in cons 65 col. pen.* Abbas *in cap. 1 de transact. & cons. 12. lib. 2.* Barbatia *in cons 41. col. antepenult. lib. 1.* Corneus *cons. 11. libr. 3.* Alexander *in cons. 42. lib. 3. & 118. lib. 7.* Ruinus *cons. 132. num. 3. lib. 1.* Decius *cons. 216. num. 4. & 474. col. 2.* Gomesius *ad regulas Cancellariæ de annali possessore. quæst. 2.* Grammaticus *decis. 66. num 47* Parisius *cons. 96. num. 61. lib. 1.* Zasius *cons. 18. colum. 5. lib. 1.* Berous *cons. 176. num. 25. lib. 1.* Rolandus à Valle *cons. 28. num. 25. lib. 4. & 38 num. 24 lib. 4.* Socinus iunior *in cons. 32. libr. 1 & 32. lib. 3.* Alciatus *ad l. quamuis. C. de transact. & in consilio 124. num 3.* Alba. *cons. 11. num. 22. & 89. num 4.* Crauetta *151 num. 26.* Afflictus *decis. 220.* Gratus *cons. 118. n. 9. lib. 2.* Bertrandus *cons. 225 lib. 1.* Mauritius *de restitutione in integr. cap. 210.* Cotta *in verbo, venditor.* alios citant Gabrielius *tit. de empt. & vend. concl. 1. num. 68.* & Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend, parte prima. cap. 4.* His accedunt Andreas Geil. *lib. 2. obser. 70.* Plotus *consilio 32.* Menochius *consilio 401. numero 157. & seq. libro quinto.*

Respondeo ex authoritate doctorum, probabile † non autem necessarium argumentũ sumi posse. Istis opponi posse multos alios, quos pro contraria 21
sententia

sententia superius attulimus; & quorum sententiam ex iam dictis probabiliorem esse constat. Et hæc de primo puncto.

Sequitur secundum: dato, quod transactio rescindi possit, vtrum iuramentum quod super ea interpositum est, eiusmodi rescissionẽ impediat, stante absolutione ab eo concessa ad effectum agendi & excipiendi &c.

Existimo iuramentum præstitum non impedire, quo minus transactio rescindi possit, stante absolutione ab eo impetrata ad effectum agendi, quod planum & perspicuum fore iudico, si tria hæc breuiter ostendero. Primum à iuramento absolutionem esse concedendam, quando super eo contractu interpositum est, ex quo læsio enormis scilicet vltra dimidiã contingit. Secundum, data absolutione à iuramento perinde statuendum esse, ac si præstitum iuramentũ non fuisset. Tertium idem esse dicendum, etiamsi absolutio concessa sit ad effectum agendi & excipiendi.

Quod attinet ad primum, id probatur quia iura-
22 mentum non debet esse † vinculum iniquitatis *c. etsi Christus. de iureiu.* sed debet habere tres comites, Veritatem, Iustitiam & Iudicium *ca. animaduertendum. 22. q. 2.* Cum igitur tanta læsio ex contractu oritur, apparet iustitiam non continere, consequenter iuramentum relaxandum videtur.

Secundo id probatur *ex c. 1. & c. debitores. de iureiur.* vbi patet absolutionem à iuramento concedi ei qui
23 vsuras promisit, quia † non potest seruari iuramentũ absque peccato eius cui sunt vsuræ promissæ, sed quando tam grauis læsio ex contractu oritur, nõ potest contractus obseruari, absq; peccato eius, cui iu-
24 ramentum est præstitum, ille † enim lædendo alterum, tam grauiter peccat, sicut late deducit Couar. *lib. 2. variar. resolut. cap. 4. numer. 11.* ergo absolutio à tali iuramento concedenda est, idem Couar. *ibi supra n. 5. vers. verum.*

Tertio probatur † authoritate eorum qui ita do-
25 cuerunt. Ita enim docuerunt Castrens. *in leg. si quis pro eo. num. 6. ff. de fideiuss. & in l. vlt. ff. qui satisd.* Ancharan. *cons. 375.* Natta *in cons. 144. num. 5.* Crauetta *in cons. 192. num. 11. & 152. n. 2.* Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. in 2. part. cap. 1. num. 8.* Menochius *in cons. 412. num. 52. libro 5.*

Quod vero attinet ad secundum, dubitari nõ potest quin concessa absolutione à iuramento, rescindi
26 possit † contractus, qui alioqui nullo præstito iuramento rescinderetur, propter læsionem enormem. Est enim perinde ac si nullum præstitum foret iuramentum, vt tradunt Abbas *in ca. cum contingat. col. 13. de iureiur.* Felinus *in cap. 1. ante numer. 27. versic. sed cogitanti mihi. eodem titul.* Corneus *in consilio 288. colum. 10. libro tertio.* Socinus iunior *in consilio 3 num. 44 libro secundo.* Rolandus à Valle *in cons. 7. numer. 58. & 59. libro 3.*

Et ita in terminis absolutionis à iuramento concessæ quod interpositum erat super contractu, ex quo læsio vltra dimidiam sequebatur, quod contractus rescindi possit, obtentũ fuit † coram Sacræ Ro-
27 manæ Rotæ auditorio apud Cassiodorũ *tit. de emp. & vend. decis. 1.* & quamuis in casu illo læsio multum excederet dimidiam, dicit tamen Cassiodorus Rotam esse in eadem sententia in casu enormis læsionis, sequitur Petrus Rebuff. *de rescissione contract. artic. vnico. Gloss. 15 num. 42.* Idem respondit Riminaldus Senior *cons. 222. lib. 2.* Et ante istos ita docuerunt Imola *in ca. cum contingat. ante num. 55. de iureiur. & in cap. penult. nu. 24. de empt. & vend.* Alexander *in leg. stipulatio hoc modo concepta. numero 10. ff. de verb. oblig.* Panormitanus & Antonius Butrius *in cap. cum contingat. num 23. de iureiur.*

Denique ad tertium quod attinet idem iuris esse in absolutione concessa à iuramento ad effectum agendi dubitari non potest, quia illa absolutio ad effectum † agendi & excipiendi valet etiam ad effe- 28
ctum obtinendi, si factis probationibus appareat de iure contractum esse rescindendum, vt respondit Paulus Castrensis *in consilio 252 libro primo.* quem sequitur & late tuetur Natta *in consilio 166. num. 24.* vbi etiam citat *decisionem Afflicti 322.* Adde Vrsillum *in additionibus ad decis. eiusdem Afflicti decis. 31.* & Couarru. *lib. 1. variar. resolut. cap. 4. sub num. 6.* Et in casu de quo loquitur Cassiodorus *dict. decis. 1. de empt. & vend.* concessa fuerat absolutio ad effectum agendi & excipiendi, & ibi decisum est, vt supra dixi, cõtractum esse rescindendum.

Reliquum est, vt argumenta diluamus eorum, qui existimarunt, contractum † iuramento firma- 29
tum rescindi non posse, etiamsi læsio enormis interueniat. Ita enim responderunt Glo. *in leg. 2. Cod. de rescind. vend.* Bartolus, Baldus, Salyce. Albericus, Castrens. Cagnolus *num. 91.* & alii quos refert Pinellus ibi, *in 3. parte in principio.* Crotus *consilio 243. libro secundo.* late estat Cacheranus *decis. Pedemontana 40. numero 8.* Gabrielius *tit. de emp. & vend. concl. 1. numero 78.* Rolandus à Valle *consilio 59. numero 18. libro primo.* Menochius *consilio 1. num. 360.* Stracca *ad Crauettam consilio 7.*

Quibus tamen contradixerunt alii multi Antonius Burgos. *in cap. cum causa. de emp. & vend.* & alii quos refert & sequitur Pinellus, *loco proxime citato.*

Primum argumentum eorum, qui contractum iuramento firmatum rescindi posse negant, est *ex auth. sacramenta puberum. Cod. si aduersus vend.* Respondet Antonius Burgos. minori, facilius auferri posse beneficium, quod iure † speciali illi competit, quam 30
auxilium iure communi aliis competens, videlicet vt contractus ob læsionem enormem rescindatur. Facilius ius speciale tollitur, quam ius commune, *leg. eius militis. §. militia missus. ff. de mili. testam.*

Sed planior est responsio si dicamus, argumentum non procedere, quando concessa est absolutio à iuramento, tunc enim est perinde ac si non fuisset interpositum, vt supra deduximus.

Secundum argumentum est, quia is qui iurat super aliquo facto, videtur † iurare super omni iure 31
descendente ex eodem facto, *argum. leg. si duo patroni. §. idem Iulianus. & leg. duobus. §. si quis iurauerit. ff. de iureiur.* Igitur is qui iurat seruare promissa in contractu, videtur iurare se non contra ea facturum, ex quacunque causa & ex quocunque iure descendente ex eodem contractu. Consequenter etiam ex eo iure quod competit læso ex contractu vltra dimidiam.

Respondeo, dato, quod hæc sint vera, tamen absolutionem à iuramento impetratam omne vinculum iuramenti & efficaciam tollere, ac proinde contractum rescindi non minus posse, quam si iuramentum non intercessisset.

Tertium argumentum est, quia iuramentum facit † actum valere omni meliori modo *l. cum pater. §.* 32
filius

filius matrem. de leg. 1. & dicitur vim habere casus expressi,& specifici consensus. Curtius Senior *in consilio* 1. *num*. 4. Decius *conf*. 345 *col*. 2. Iason *in l. si conuenerit. col*. 1. *ff. de iurisd. om. iud. & in conf*. 107. *n*. 3. *lib*. 2. Cagnol. *ad l*. 2. *nu*. 92. *C. de rescin. vend*. Andreas Geill. *lib*. 2. *obser*. 41. *num*. 5.

Respondeo iuramentum vim habere specialis consensus, quoad ea quæ necessario exprimenda sunt, vt actus valeat, ita Hieronymus Gabrielius *conf*.
33 66. *num*. 11. Non propterea quod infertur, tolli † remedium rescissionis, quod ex iure competit, absolutione à iuramento iam concessa, si quidem, vt iam sæpe dictum est, illa facit vt iuramentum non videatur interpositum fuisse.

Postremum argumentum est, quia nisi iuramentum tolleret beneficium rescissionis cõtractus etiam data læsione vltra dimidiã, nihil operaretur, & frustra videtur esse interpositum. Nam absq; iuramento certum est contractum non rescindi, licet læsio infra dimidiam interuenerit *leg. in causa*. 1. *§. idem Pomponius. ff. de mino*. ergo vt iuramentum aliquid operetur dicendum est contractum rescindi non posse, etiam data enormi læsione.

Respondeo iuramentum multum operari, quia si non fuerit absolutio ab eo concessa, non poterit contractus rescindi, licet læsio vltra dimidiam interuenerit. Concessa vero absolutione, sicut vinculum cessat ipsius iuramenti, ita & argumenti huius efficaciam cessare manifestum est.

Ita iuris esse existimo saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro eisdem.

ARGVMENTVM CONSILII LXXVII.

In eadem causa scriptum est responsum: & in eo differitur, an in petenda absolutione à iuramento ad effectum agendi partis citatio requiratur.

SVMMARIA.

1 *Iuramenti absolutio requirit causæ cognitionem.*
2 *Causa cognotio vbi requiritur, pars citanda.*
3 *Citatio requiritur vbi pars lædi potest.*
4 *Interest nostra, ne litibus frustra fatigemur.*
5 *Inaudita parte nil statuendum.*
6 *Citatio requiritur aduersarii, in obtinendâ absolutione iuramenti ad effectum agendi.*
7 *Contrarium verius est.*
8 *Citatio partis non requiritur vbi libertus veniam petit à Pratore in ius vocandi patronum.*
9 *Absolutio à iuramento ad effectum agendi non requirit partis citationem.*
10 *Et de consuetudine recepta est hac sententia.*

Christi nomine inuocato.

INTERROGATVS in eadem causa ab Illustrib. Dominis arbitris vtrum absolutio à iuramento ad effectum agendi & excipiendi absque partis citatione impetrata valuerit, & nunc ipsi impetranti prodesse valeat. Quæstio non parum difficilis est, propter cõtrarias doctorum sententias. Dicam tamẽ quod sentio libere atq; ingenue, prout mei moris est.

Videbatur mihi prima, vt aiunt, fronte responderi non valere.

Primo quia † iuramenti absolutio requirit causæ cognitionem, *cap. quando. de iure iur*. Causæ autem cognitio † requirit partis citationem *leg. in causa*. 14. §. *causa autem cognita ff. de minoribus*. & ibi Bartolus notat. 1 2

Secundo quia pars lædi potest ex ipsa iuramenti relaxatione. Nam absolutus à iuramento agere poterit, & multa commoda consequitur in præiudicium aduersarii. Cum † autem pars lædi p.test, citanda est, *leg. nam ita diuus. ff. de adop. l. de vnoquoque. ff. de re iudicat*. 3

Tertio quia si pars aduersaria citaretur, posset fortasse ostendere † absolutionem peti per calumniam, & frustra atque adeo concedendam non esse, *arg. l. satis aperte. C. ad leg. Corn. de falsis*. quare aduersus partem † inauditam nihil definiendum est. *l*. 1. *de causa poss. & propriet. c. caueant*. 3. *q*. 9. *ca. inter quatuor. de maio. & obed*. 4 5

Quarto sic docere videntur communiter doctores nostri, citandam esse partem aduersam, cum quis se † à iuramento absolui petit ad effectum agendi, Ancharanus *in conf*. 198. *prædictis subtiliter & in consilio* 382. *Retento n*. 3. Federic. Senens. *conf*. 300. Dominicus *conf*. 16. *ad finem*. Alexander *in conf*. 222. *num*. 8. *libro* 2. Guido Papæ *quæst*. 225. & 160. Felin. *in cap*. 1. *n*. 23. *de iureiu*. & communem esse dicunt Curtius senior *in conf*. 43. *in* 2. *articulo*. & Hippolitus Marsilius *in leg. de vnoquoque. num*. 163. *ff. de re iud*. & probabiliorem esse dicit Ruinus *in conf* 26. *lib*. 4. Panor *in conf*. 12. *lib*. 2. Socinus senior *conf*. 59. *col*. 3. *li*. 3. Bertrand *conf*. 41 *li*. 1. & 54. *eod*. Iason *in l. nec quicquam § vbi decretum. col*. 9. *ff. de off. procons. & leg*. Gozadinus *conf*. 69. *ad finem*. Io. de Amicis *conf*. 31. Loffredus *conf*. 12. Paris. *conf*. 54. *num*. 85. & 96. *num*. 88. *lib*. 1. Andreas Geill. *lib*. 1. *obser*. 22. *numero tertio*. Vrsillus *ad Afflictum deci*. 120. *numero* 11. 6

Verum his & similibus quæ adferri possunt nil morantibus contrariam sententiam iuri magis consentaneam existimo: videlicet partis citationem non requiri in absolutione impetranda à iuramento, ad effectum agendi, & excipiendi. Pro cuius sententiæ confirmatione puto animaduertendum esse, ex tali absolutione nullum præiudicium aduersario inferri, cuius ratio habenda sit de iure. Si enim nullum tale præiudicium infertur, ergo nulla aduersarii citatione opus est.

Quod autem præiudicium huiusmodi non inferatur, facile demonstrari potest. Nam absolutio fit solum ad hunc effectum, vt is, qui iuramento obstrictus est, agere possit & excipere, ac se defendere, ne scilicet tanquam periurus à limine iudicii repellatur, ne authoritate propria iuramentum contemnere videatur.

Ex hoc autem quod aliquis agat, nullum alteri præiudicium generatur, cuius ratio secundum iuris regulas habenda sit. Nam † aut agendo probabit iniustitiam & turpitudinem contractus, atque adeo iustas causas propter quas merito rescindi debeat: aut non probabit. Si probabit, tunc aduersarius præiudicium quidem patietur, sed summa ratione, vt proinde iustam conquerendi causam habiturus non sit. Nec debuerit lex illud impedire. Si vero non probabit tunc nihil agenti proderit iuramenti relaxatio. Manebit enim obligatus iuramenti vinculo, & obligationis ex contractu descendentis. 7

Quod autẽ nulla sit ratio talis præiudicii habẽda, patet

patet. Nam illud ex eo naſcitur quod aduerſarius allegare poteſt,ſua intereſſe ne concedatur abſolutio, quia licet abſolutus nullā iuſtam habeat cauſam, tamen eum fatigabit ſumptib.& laborib.litis, cuius euentus dubius eſſe ſolet. Huius inquā præiudicii ideo ratio non eſt habenda, quia actor temere agens condemnabitur in expenſis,& alias pœnas incurret, quæ temere litigantibus impoſitæ ſunt *vt inſt.de pæna temere litigant.*

Quod ſi ratio illa valeret ne quis fruſtra vexetur ex lite,nemo poſſet alterum in iudicio conuenire vel accuſare,niſi prius cognoſceret iudex an iuſta futura eſſet actio & accuſatio,quod ſane ridiculum eſt.

Exempla doctores adferunt valde conuenientia;
8 liberti,qui † vult patronum ſuum in ius vocare & ideo veniam petit à Prætore,illum in ius vocandi.Item filii emancipati qui litis inſtituendæ cauſa aduerſus patris inofficioſum teſtamentum,bonorū poſſeſſionem apud iudicem agnoſcit. Etenim hæc omnia à iudice expediuntur parte non vocata, quia nullum inferunt parti aduerſæ præiudicium, tametſi illa ratio præiudicii adferri poſſit,quod ſcilicet patroni interſit,ne temere vexetur in iudicio,item quod heredis inſtituti interſit, ne temere ab emancipato teſtamentum arguatur inofficioſum.

Non habetur iſtius pīudicii vlla ratio,quia nemo poteſt nec debet impediri,quo minus ius ſuum proſequatur in iudicio,quo min9 agat,experiatur, accuſet alterum, ſed pœnæ ſunt conſtitutæ aduerſus eos, qui temere & per calumniam agunt, experiuntur & accuſant *c.calumniam.de pænis. cum ſimilibus.*

Et hanc ſententiam quod citatio partis nō requi-
9 ratur † in abſolutione,qua de agimus, impetranda, amplexi ſunt quam plurimi. Ancharanus ſibi cōtrarius *conſ.* 18.Oldradus *conſ.* 120.Calderinus *conſ.7.tit. de iureiur.* Io. And. *ad Specul. Rub. de iureiur. verſ. vbi autem iuraſſet.* Alciatus *in c.cum contingat. n.* 115. *de iureiur.* Afflictus *deciſ.*220.*n.*10.Gomeſius *in tract breuium nu.* 46.Natta *in conſ.*167.Crotus *conſ.*106.*nu.*8.Crauetta *conſ.7. num.* 7. vbi Stracca addit alios. Couar. *variar. reſol.lib.1.cap.4.nu.*6. Rolandus à Valle alios citans *in conſ.*13.*num.*38.*&* 42.*num.*28.*lib.*1. Ioſephus Ludouicus *deciſio.*18.*in prima parte Peruſinar.* Et Rota Romana *in antiquis deciſionib.*767. *Sciendum eſt quod aliquotiet.*

Non obſtāt argumenta in contrariū allata,quia cōcedo regulariter citationē eſſe neceſſariam vbi cauſæ cognitio adhibenda eſt, vbi aduerſarius lædi poteſt. Nihil eſſe decernendum parte inaudita. Sed ab his excipiendus eſt caſus iſte, quando non infertur præiudicium,cuius ratio de iure habenda ſit.Quando ad agendum via aperitur ex iuſta cauſa,vt in quæſtione propoſita ex prædictis conſtat.

Ad authoritates autem in contrarium allatas, reſpondeo, eas infirmari ex oppoſitione aliarum authoritatum in contrarium, & rationibus quas attu-
10 limus ſuperari, † nec non ſtylo & conſuetudine quam pro ſententia iſta eſſe, vt citatio minime requiratur, plurimi atteſtantur ex iis, quos proxime citaui. Quamobrem merito præualere hæc ſententia debet *leg. minime. leg. cum de interpretatione. ff. de legibus.*

Ita iuris eſſe puto,ſaluo &c.

Andreas Fachineus Ingolſtadii nomine collegii.

Pro Reuerendis Patribus Ieſuitis.

ARGVMENTVM CONSILII LXXVIII.

Tres quæſtiones diſcutiuntur. Prima an exceptio præſcriptionis requirens altiorem indaginem impediat litis ingreſſum.Secunda an laicus præſcribere poſſit ius patronatus eccleſiæ. Tertio an clauſula ſalutaris libello adiecta operetur, vt ſi facta ſit narratio quæ concernat petitorium & poſſeſſorium, & concluſio in ſolo poſſeſſorio,poſſit actor in petitorio obtinere.

SVMMARIA.

1 *Exceptio requirens altiorem indaginem reſeruanda eſt ad merita cauſæ,nec impedit litis ingreſſum.*
2 *Quando exceptio poſtulet altiorem indaginem, iudicis arbitrio remittitur.*
3 *Præſcriptio temporis immemorialis vt probetur multa requiri remißiue.*
4 *Ius patronatus præſcriptione à laicis acquiri non poſſe verior eſt opinio.*
5 *Niſi præſcriptio ſit temporis quod memoriam hominum excedat.*
6 *Multi tamen aduerſantur.*
7 *Ius ſpirituale à laico poßideri nequit.*
8 *Præſcribere non poteſt qui poßidere nequit.*
9 *Ius patronatus eſt annexum ſpiritualibus.*
10 *Laici ius patronatus conſequuntur, ſi eccleſiam conſtruxerint vel dotauerint.*
11 *Laici decimas ante concilium Lateranenſe conceſſas poßidebant.*
12 *Olim ſecus.*
13 *Ius patronatus etiam ad heredes transfertur.*
14 *Et tranſit cum vniuerſitate.*
15 *C.querelam.de elect.quomodo accipiendum.*
16 *Præſcriptio longe differt à conſuetudine.*
17 *C.cura.de iure patrona.expenditur.*
18 *Ius eligendi quo ad clericos & ius præſentandi quoad laicum æquiparantur, ſed contra ibidem.*
19 *Ius conferendi eccleſias & præbendas præſcribere clericus (poteſt.*
20 *Præſcribuntur omnia iura ſpatio 40. annorum.*
21 *Clauſula,ius & iuſtitiam miniſtrari,in libello adiecta, quid operetur.*

Chriſti nomine inuocato.

IN cauſa Iuris patronatus Reuerendorum Patrum ſocietatis Ieſu,tres mihi quæſtiones proponuntur. Prima eſt, an exceptio præſcriptionis ab aduerſario oppoſita impedire poſſit litis conteſtationem. Secunda, dato, quod non poſſit impedire, ſed reſeruanda ſit ad merita cauſæ,an ſi probata fuerit, obſtare poſſit Reuerendis Patribus agentib. Tertia dato, ꝙ obſtare non poſſit, an Reuerendi patres obtinere poſſint in præſenti iudicio, ſi ex probationibus conſtiterit,ius patronatus ad eos pertinere, tanquā ſucceſſores in iura eorum,quibus ius patronatus de iure competebat,licet in libello concluſio facta pertineat ad poſſeſſorium retinendæ, in quo tamen libello narratum eſt dictum ius patronatus ad ipſos Reuerendos patres pertinere,adiecta clauſula,ius & iuſtitiam miniſtrari, coniunctim,diuiſim,omni meliori modo &c.

Quod

Quod attinet ad primum, absque vlla hæsitatione respondeo dictam præscriptionis exceptionem impedire non posse litis contestationem, sed reseruandam esse ad merita causæ, & moueor, quia hæc est communis & verissima conclusio, exceptiones, quæ
1 altiorem † indaginem requirunt, & si opponantur ad impediendum litis ingressum, tanquam exceptiones litis finitæ, non debere tamen admitti, quoties altiorem postulant indaginem, sed eis saluis & reseruatis procedendum esse ad litis contestationem.

Hæc conclusio probatur *ex l. nam postea ff. de iureiur.* secundum intellectum Gloss. vt notat ibi Bartolus *num. 2. nota*, inquit, *quod si exceptio quæ solet impedire litis contestationem habet altiorem indaginem, non impedit processum, siue contestationem, sed proceditur ad contestationem reseruata exceptione in processu causa, vt hic secundum primum intellectum Glo. & bonum.*

Sed longe clarius probatur *ex l. ille à quo. §. si de testamento. ff. ad Trebell.* in illis verbis, *quid ergo si de iuribus fideicommissi tractetur? Hac quastio à Pratore pratermittenda non erit, sed quid si fideicommissarius dicat. Adeat prius, & sic de hoc quaratur? Credo interdum audiendum fideicommissarium si cognitio prolixiorem tractatum habeat*, &c.

Item *ex l. 3. § ibidem. ff. ad exhiben.* in illis verbis, *si vero obscurior vel qua habeat altiorem quastionem differendam in directum iudicium re exhiberi iussa*, &c.

Atque ita docent omnes, Alexand *in d. § si de testamento. num.* 4. Iason. *in d. l. nam postea.* quam legit simul *cum l. ait prator. num. 23. ff. de iureiu.* Andreas Geil. *lib. 1. obser. 74. num.* 13. Et de exceptione præscriptionis loquens Cæsar Contardus *ad leg. vnicam. Cod. si de momenta. possess. fuerit appellatum. limitatione 2. numero* 19.

Sed præscriptionis exceptio in proposito nostro altiorem indaginem requirit, ergo differenda est, & ad merita causæ reseruanda videtur.

Quod exceptio illa altiorem postulet indaginem,
2 dubitari non potest, quia hoc † iudicis arbitrio commissum est, vt tradit post alios Menochius *de arbitrariis iudicum. casu* 20. Iudex autem non existimabit in continenti probari posse talem exceptionem, quoniam pars aduersa probationes paratas non habet, sed vult testes producere, quod requirit longũ tempus, cum & contrarii testes sint etiam audiendi, & exceptiones contra testes examinandæ, & multa alia expedienda, quæ nemo certe iudicauerit statim absolui posse.

Huc accedat non esse plane certum & exploratum quod laicus ius patronatus acquirere possit pręscriptione temporis: vt in secundo articulo deducam latius. Quod si pręscriptionem temporis immemorabilis obiiciat quam omnes admittunt, quam
3 multa necessaria sint † ad eam probandam, nulli potest ignotum esse, ex his quæ tradit Antonius Gabrielius *lib. 5. comm. concl. tit. de præscript. concl. 1. num.* 78. Mascard. *de probationib. vol. 3. concl.* 1214. *& sequentib.* Et hęc quoad primam quæstionem, quę mihi facillima & clarissima videtur.

Quod attinet ad secundam, maiorem video difficultatem in eo versari, sed tamen existimo laicum non posse ius patronatus acquirere præscriptione, nisi titulum probet & possessionem quadraginta annorum, vel præscriptionem temporis immemorabilis.

Moueor quia licet olim fuerit, & nunc etiam controuersia sit inter doctores, vtrũ ius patronatus præscriptione temporis à laicis acquiri possit, & in hanc distinctionem multi consenserint, quod si ecclesia sit libera & non patronata, non possit, si vero patronata sit, possit, vt late explicat Didacus Couar *in cap. possessor malæ fidei. de reg. iu. lib. 6. 2. partis relection §. 10.* veriorem tamen & iuri canonico magis consentaneam semper existimaui Archidiaconi sententiam *in ca. hortamur. 71. distinct.* qui † nulla distinctione vtens, negat laicos præscriptione acquirere posse ius 4
patronatus ecclesiæ, & sequitur Abbas Panor. *in cap. querelam. de elect. & in disputation. incip. Augerius. & in cons. 106. lib. 2.* Felinus *in c. causam. 7. num. 7. de præscript.* Nisi præscriptio sit temporis, quod memoriam hominum † excedat, illa enim, quia vim habet tituli, 5
merito sufficit ad iuris patronatus acquisitionem, quam sententiam doctores omnes secuti sunt. Felinus *loco proxime citato.* Couar. *vbi supra. nu. 2. vers. posset tamen iis.* Rota Romana *nouissime decis. 243. parte 3.* Mascardus *de probationibus. vol. 2. concl. 958. num. 3. &* Concilium Tridentinum *sessione 25. de reformatione. cap. 9.*

Non ignoro multos ex recentioribus & veterib. velle etiam præscriptione † ordinaria 40. annorum 6
acquiri ius patronatus, vt constat ex Couar. *loco annotato.* Roland. à Valle *cons. 47. num. 41 lib. 1.* Menoch. *cons. 241. nu. 6. lib. 3.* late ante omnes ita respondit Federicus Senensis *cons.* 234. Sed hoc ipso vrgeo, hoc contendo, veriorem esse contrariam sententiam, quæ negat ius patronatus acquiri ordinaria præscriptione 30. vel 40. annorũ à laicis, quod clare me demonstraturum confido, si sententia mea confirmata contraria argumenta confutauero.

Probatur igitur hæc sententia hoc argumento, laicus non potest possidere † iura spiritualia, nisi quatenus ei specialiter ex iustis causis permissum est. Sed ius patronatus, de quo agitur, ius spirituale est, vel iuri spirituali annexũ, ergo illud laicus possidere nõ potest, nisi quatenus ei specialiter sacris canonibus permissum fuerit. Si possidere † non potest, ergo nec 8
præscribere, quia sine possessione non procedit vsucapio. *c. sine possessione. de reg. iu. lib. 6.* ita argumentatur summus Pontifex *in c. causam. de præscript.*

Maior propositio certa est *ex c. sacrosancta. cap. Massana. de elect. ex c. 1. c. laicis. c. per laicos. 16. q. 7. & fere per totam illam quastionem.*

Minor autem probatur *ex ca. 3. de iudiciis.* vbi Alex. III. ita scribit, *causa vero iuris patronatus ita † coniuncta est, & connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico iudicio valeat definiri. & ex c. de iure vero. de iure patrona.* ibi, *cum inconueniens sit vendi ius patronatus quod est spirituali annexum.* &c. 9

Cum itaque laicis promissum sit ius patronatus habere duobus in casibus specialiter, nempe, cum ecclesiam † construxerint, vel dotauerint, *c. 3. c. consultationis de iure patrona. c. pia mentis. 16. q. 7.* idq; summa ratione, vt scilicet ad huiusmodi pia opera exercenda facilius inducantur; sequitur vt si neque dotauerint neq; construxerint ecclesiam, non possint in ea ius patronatus habere. 10

Respondent aliqui hanc rationem parum vrgere, quia ex hoc apparet laicos absolute incapaces non esse iuris patronatus, imo capaces, & hoc sufficit, vt possint præscribere.

Replicari potest esse capaces ex dispensatione sacrorum canonum, in dictis casibus, sed non inde sequitur eos absolute capaces esse, quia si absolute capaces forent, ius patronatus esset ius temporale, non autem spirituale, & vendi posset, & acquiri absolute

sicut

sicut cætera temporalia iura, quod tamen absurdum est.

Sic dicimus laicos decimarũ incapaces esse. *c. causam quæ. 7. de præscrip. 16. q. 7. c. 1. cum multis seq.* & tamen
11 ante † Consiliũ Lateranense ex dispensatione quadam eas possidebant. *c. 2. §. sane. de decimis. lib. 6.* Ex quo non recte quis inferret, eos esse absolute capaces, aut non esse absolute incapaces, quantum ad hoc, vt eas possidere possint & præscriptione acquirere, quia repugnat tex. *in d. c. causam quæ.* vbi dicit. *Cum laici decimas detinere non possint, eas nulla valent præscribere ratione.*

12 Respondent alii licet habito respectu ad † antiqua iura, ius patronatus fundatori Ecclesiæ non acquireretur. *c. decretum. c. nouerint. 10. quæst. 1.* & ideo laicis fundatoribus ex gratia concessum videatur cõtra ius commune, tamen habita ratione ad ius nouum, quo continetur, vt laici fundatores ius patronatus acquirant, non potest videri id ex gratia contra ius commune concessum.

Replicatur iure quidem communi ita constitutũ esse, & contra aliquos canones dispensatum, vt laici fundatores ecclesiarum in eis ius patronatus obtineant, ecclesia id sustinente ex iustis causis, id quod indicat summus Pontifex *in d. c. 3. de iure patronatus.* ibi *ecclesia hucusque sustinuit.* Cæterum extra causas prædictas fundationis & donationis non probatur ecclesiam sustinere, vt laici possideant ius patronatus.

Tertio loco respondet Decius *in consilio 134. num. 4.* non esse verum, quod solus laicus, qui ædificauit vel dotauit ecclesiam, capax vt sit iuris patronatus.
13 Nam † ius patronatus etiam ad heredes transfertur.
14 *c. 1. de iur. patronatus.* & transit † cum vniuersitate. *c. ex literis. eod. tit.* & existenti in possessione ius præsentandi competit. *c. consultationibus eod.* ergo pariter dicendum est illud præscriptione temporis acquiri posse.

Replicatur, hæc omnia venire in consequentiam eius, quod laicis concessum est. Nam cum eis concessum sit, vt ius patronatus habeant in ea ecclesia quam dotauerint vel construxerint, in consequentiam hoc venit, vt illud ius ad suos heredes transmittere valeant, similiterq; vt illud ius cum bonorũ vniuersitate in alios transferre possint, quare tales successores, licet non dotauerint neque construxerint ecclesiam, possunt tamen ius patronatus obtinere, non ex persona propria & iure proprio, sed tanquam successores in ius veri patroni, nostra vero disputatio non versatur in his terminis, sed quando laicus per se vult præscriptione ius patronatus acquirere: nec ei suffragatur titulus aliquis, quem habuerit vel à patrono vero, vel ab eo saltem quem patronum esse crediderit, & ideo dicimus non posse illud acquirere, quia nec possidere potest, sed dicitur vsurpare & de facto tenere, non iuste & ciuiliter, sicut ad præscriptionem requiritur.

Quod vero competat ius præsentandi, existenti in quasi possessione iuris patronatus, id vero nihil obstat, quia nos quoque idem fatemur, quoties vel clericus vel laicus iuste possidet, sed negamus possidere posse, nisi construxerit vel dotauerit, vel per tempus immemorabile præsentauerit, quia tunc titulus iustus præsumitur, vt dictum est supra.

Sed nunc argumenta contrariæ sententiæ dissoluenda sunt. Primum est *ex c. querelam. de electio.* quem
15 textum omnes vrgent. ibi. *Cum † nobis constiterit, quod populus in quasi possessione præsentandi clericum existebat, quando ipsum presbyterum ad illã elegit, &c.* Ex his. n. verbis probari videtur, laicos etiam possidere posse ius præsentandi, atq; adeo ius ipsum patronatus.

Respondeo summum Pontificem loqui quando ex consuetudine loci electio clerici ad populum spectar, id patet ex verbis eiusdem textus præcedentib. ibi. *sed ipse per electionem populi ad quem de antiqua consuetudine pertinet electio, &c.*

Igitur ex eo textu hoc probatur laicos possidere posse ius eligendi, siue præsentandi clericos, quando ita ex consuetudine antiqua receptum fuerit. Sed nostra quæstio est an præscriptione possit laicus illud ius acquirere, quæ præscriptio magnopere † differt à 16
consuetudine, vt fatetur Decius *in d. cons. 134 n. 4. vers. secundo respondetur.* Cõsuetudo enim antiqua vim habet legis. *c. consuetudo. 1. distinct. l. 2. C. quæ sit longa consuet. l. de quib. ff. de legib.* Potuitq; illa consuetudo originem habere ex eo, quod populus construxisset ecclesiam vel dotasset, vel ex aliis iustis causis. Et ideo non obstat, quia nos quoq; fatemur idem seruandum, quoties laici longissimo tempore quod memoriam hominum excedat præsentauerint, quia præsumitur tunc iusta causa, & iustus titulus.

Secundum argumentum est *ex c. generali. de elect. lib. 6.* ibi. *Qui autem ab ipsarum ecclesiarum cæterorumque locorum fundatione, vel ex antiqua consuetudine iura sibi huiusmodi vindicant, &c.* Respondeo eodem modo quo supra, neque enim textus dicit laicos possidere posse iura ecclesiastica, sed loquitur de illis, qui ab ecclesiæ alicuius fundatione, vel ex antiqua consuetudine regalium, item titulum aduocationis & defensionis in ecclesiis & monasteriis obtinent, & eos monet, ne illis iuribus abutantur. Consuetudo illa antiqua vim habet legis, vt dictũ est, & qui ab ipsius ecclesiæ fundatione talia iura acquisiuit, procul dubio præsumendus est iustas ob causas acquisiuisse. Denique de iure patronatus in eo textu nullum verbum continetur. Ideo nihil obstat.

Tertium argumentum est *ex c. cura. de iure patronatus.* ibi. *nisi legitima fuerit præscriptione munitus.* Respondeo non eum sensum esse, quod laicus † præscribere 17
possit ecclesiam vel ius patronatus, sed quod nullus clericus ex donatione laicorum sibi ecclesias vindicare præsumatur, vel retinere, nisi legitima fuerit præscriptione munit⁹. Verba textus hęc sunt. *Mandamus, quatenus ex donatione laicorum, nisi authoritas diœcesani Episcopi, & consensus adsit, nullus vestrum aliquas sibi ecclesias vindicare præsumat, vel retinere taliter acquisitas, nisi legitima fuerit præscriptione munitus.*

Textus ergo dicit clericum præscribere posse ecclesiam quam accepit à laico, & Glo. dicit id procedere, quia si Episcopus sciat & taceat, videtur consentire, & aliter etiam explicat, sed hoc mihi sufficit, nihil in eo textu haberi, de laico, quod præscribere possit. Si dicatur, si laicus non posset præscribere, ergo nec ille qui ab eo causam habuit, præscribere posset: respondeo, & clericum qui à laico causam habet. præscribere posse, quia potest bonam fidem habere, credẽs laicum ex iusta aliqua causa donare potuisse, laicus vero regulariter quidẽm possidere iura ecclesiastica non potest, sed tamen certis in casibus iure permissis potest, quod sufficit ad bonam fidem eius qui ab eo causam habet.

Quartum argumentum est Federici Senensis *in cons. 134. Ius eligendi quoad † clericos in ecclesia collegiata* 18
(sunt verba eius) & ius præsentandi quoad patronum sunt paria, vt sicut vnus habet eligere, ita alter præsentare. c. 1. de elect. 16. quæstione vlt. c. congregatio. & c. nobis. de iure patronat. Sed ius eligendi potest præscribi per clericum, qui

non est de collegio illius ecclesiæ, de cuius electione agitur, etiã sine titulo. c. cum ecclesia. de caus. possess. & proprie. ergo eodem modo ius præsentandi poterit præscribi per laicum etiam sine titulo, dummodo adsit bona fides.

Respondeo maiorem propositionem, quæ in argumento adfertur nec probari illis in locis, quæ allegantur, nec iuri consonam videri. Certe *in c. 1. de elect. in c. congregatio. 16. quæst. vlt. in c. nobis. de iure patronat.* nullum prorsus verbum fit de illa comparatione clerici & laici. Huc adferrem verba ipsa sed pudet, quia & facile videri possunt, & viderer ipse parum iudicum integritati & doctrinæ fidere. Non est autem comparatio illa iuri consentanea, quia clericus est capax absolute & generaliter iuris eligendi, ecclesiarumque & iurium spiritualium & ecclesiasticorum, laicus vero nequaquam absolute capax est, sed in certis duntaxat casibus, ex quadam dispensatione & gratia ecclesiæ, quæ id sustinet ob aliquas iustas causas. Et ideo non si clericus ius eligendi in aliena ecclesia præscribere potest, idcirco laicus ius præsentandi præscribere poterit.

Quintum argumentum est eiusdem Federici *loco*
19 *annotato.* Ius conferendi † ecclesias vel præbendas potest quis præscribere, *vt not. in c. cum ecclesia Vulterana. de elect. & in c. vlt. de supplen. negli. prælator.* Ergo & ius præsentandi. Nam plus est conferre quam præsentare vel eligere.

Respondeo præscribi hæc posse sed non à laicis. Nec contrarium probat argumentum, quia non hoc probat, quod laici possint præscribere ius conferendi ecclesias vel præbendas. In locis allegatis hoc non dicitur.

Postremum argumentum est, quia regulariter o-
20 mnia † iura præscribi possunt spatio 40. annorum. *l. omnes. l. sicut. C. de præscrip. 30. vel 40. anno.* exceptis aliquibus, quæ recenset Glo. *in c. cum non liceat. de præscrip.* Sed ius patronatus non reperitur exceptum, igitur præscribi poterit.

Respondeo satis exceptum videri, ex eo, quod possideri à laicis non potest nisi in certis casibus, nẽpe constructionis vel dotationis ecclesiæ. Si enim possideri non potest, sequitur vt nec præscribi. *c. causam quæ. de præscrip.*

Venio ad tertiam quæstionem & in ea sic statuo, & concludo, Reuerendos Patres obtinere debere in petitorio & secundum eos pronunciandam esse, licet libelli conclusio ad possessorium pertineat. Fundamentum autem pono, quia in dicto libello continetur clausula salutaris, Petens ius & iustitiam ministrari, coniunctim, diuisim, & omni meliori modo, ex instrumentis autem & probationibus apparet, ius patronatus, quo de agitur ad eos pertinere. De clausula ista salutari cuius mẽtio fit *in c. 2. de ord. cogni. in c. 1. de off. deleg. & in c. 2. de off. ord.* hæc tradi solet doctrina, quæ ab omnibus recepta est quod si in li-
21 bello facta sit † narratio, quæ concernat petitorium & possessorium, licet conclusio facta sit in solo possessorio, tamen probationes fieri possunt in petitorio, & etiam petitorium dicitur intentatum, poteritque actor etiam in possessorio obtinere, quia iudex ministrare debet iustitiam, & hoc ab actore petitum est, quare si illa sit pro actore in petitorio, erit ei ministranda & obtinebit, ita omnium primus docuit Calderinus *in c. 2. de ord. cogn.* quem secutus est ibi Abbas Panormit. Iason *in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 191. & ibidem* Ripa *num. 199. ff. de a q. poss. ff.* Aretinus in *§. omnium. nu. 7. circa finem. de action.* & ibidem Iason *n. 148.* Menoch. *de recuperanda possess. in præludiis. nu. 16.* vbi alios citat Andr. Geyl. *lib. 1. obseruat. 61. num. 11.* vbi dicit ita in Camera Imperiali pronunciatum fuisse. Saluo meliori iudicio, &c.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine collegii.

Pro Illustri D. Lusso Numaio Foroliuiensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXIX.

De emphyteusi quod sit attendenda prima inuestitura, nec possit in ea vocatis fieri præiudicium per alias sequentes.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuticus contractus nõ habet propriam naturam.*
2 *In emphyteusi attenditur tenor inuestituræ & pactorum.*
3 *Qui derogat aliis regulis.*
4 *Prima inuestitura mutari non potest in præiudicium in ea vocatorum.*
5 *Etiamsi alterata sit.*
6 *Nam si sequentes inuestituræ discordant à prima, standum est primæ.*
7 *De feudo ad emphyteusim non procedit argumentum.*
8 *Contra ibidem.*
9 *Verba inuestituræ, pro se & filiis, &c. intelliguntur ordine successiuo.*
10 *Excluditur ab emphyteusi qui non est in inuestitura cõprehensus.*
11 *Filii & nepotes vocati in inuestitura intelliguntur vocati gradatim.*
12 *Filius in inuestitura comprehensus viuo patre censetur possidere.*
13 *Emphyteusis à patre accepta præsumitur pro filiis, licet nulla sit eorum facta mentio.*
14 *Filius etiamsi non sit heres patris, tamen admittitur ad emphyteusim pro filiis concessam.*
15 *Et in dubio intelligitur concessa pro filiis vt filiis.*
16 *Emphyteusis trãsmittitur ad solas personas nominatas.*
17 *Emphyteusis adeo est debita filiis, vt ecclesia non debeatur laudemium ex renouatione.*
18 *Consuetudo in emphyteusi est attendenda.*
19 *Subreptitiæ concessiones non valent.*
20 *Etiam stantibus clausulis ex certa scientia & de plenitudine potestatis.*
21 *Princeps non potest rem vni concessam alteri concedere sine clausula,* non obstante.
22 *Emphyteusis ob canonem non solutum deuoluitur ad ecclesiam.*
23 *Et sufficit tacita declaratio Ecclesiæ.*
24 *Quando patris factum noceat filiis in emphyteusi.*
25 *Ratione partis non solutæ emphyteusis in totum reuertitur ad dominum.*
26 *Lata culpa dolo æquiparatur.*
27 *Collusionis & fraudis suspicio quando oriatur.*
28 *Ex inimicitia præsumitur omne malum.*
29 *Emphyteuta qui non potest alienando præiudicare cõprehensis in inuestitura non potest etiam confitendo præiudicare.*
30 *Negatiua probari debet ab eo, qui constituit fundamẽtum in ea.*
31 *Dolus emphyteutæ qualiter probetur.*
32 *Committens ingratitudinem in ecclesiam amittit quæ ab ecclesia habuit.*
33 *Emphyteusis ab ecclesia concessa non adhibitis solemnitatibus est nulla.*

34 Fa-

Iesus nostra Redemptio sit, salus, & protectio.

THEMA quod proponitur tale est, Illustrissimus & Reuerendissimus Archiepiscopus Rauennae tum temporis de Anno 1515. de mense Ianuarii, in emphyteusim concessit Magn. D. Hier. de Numaiis nobili Foroliuiensi possessiones duas positas in castro Casaemurate, iuxta tunc expressos cōfines: vt de re simili modo locata magnif. D. Luffo seniori, patri dicti Hieron. & auo infrascripti magnifici & Illustriss. D. Luffi iunioris, mediante eius procuratore ad id destinato, stipulante pro eodem D. Hieron. eiusq; filiis, & nepotibus masculis tantum ex legitimo matrimonio descendentibus, prout latius ex inuestitura desuper confecta est videre.

De anno 1528. decessit idem D. Hieron. superstitibus sibi dicto magnifico ac Illustr. D. Luffo, & magnificis equitib. auratis D. Fabricio, & Camillo eius filiis legitimis & naturalib. ex legitimo matrimonio descendentibus, heredibus vniuersalibus ex testamento in pupillari aetate constitutis, quibus in Tutricem decreta fuit Magnifica D. Osanna eorum mater, prout de dicta tutela constat ex instrumento quod transmittitur.

Hinc orta difficultas inter dictos minores ex vna: & magnificum D. Ioannem de dictis Numaiis eorum patruelem ex D. Pino, filio similiter dicti D. Luffi antiquioris aui paterni dictarum partium, de, & super dd. possessionibus, quia pars qualibet praetendebat eas ad se spectare. Compromissum solenniter fecerunt in magnificos & eximios D. Syluestrem Aldiobrandinum Doctorem Florentinum, D. Fulphum de Fulphis, & pro tertio in Illustr. D. tunc temporis Praesidem Romandiolae, per quos tandem laudatum fuit, possessiones praedictas fore aequaliter diuidendas, prout eas diuiserunt, assignando vnam cuilibet parti, quod laudum fuit per d. tutricem, & minores praedictos ratificatum sub anno 1535 de mense Octobris.

Postmodum de possessione (vt creditur) obuenta in partem dicti D. Ioannis, ipse innouatus ab Illustrissimo & Reuerendissimo Cardinali S. Eusebii Archiepiscopo de Anno 1536 pro se, liberis, nepotibus, ac iuris successoribus, & si filios non habuerit pro vno herede extraneo, per eum in vltimo testamento instituendo: & hoc propter pensionem non solutam, & pacta non seruata, & tanquam rem emphyteuticam, & de iure emphyteutico, directique dominii d. ecclesiae, & per plures emphyteutas ad similem contractum acquisitas, & vltimo loco per D. Hieron. Numaium.

Quae innouatio fuit reiterata de anno 1558. primo die Decembris, per quondam D. Guarinum Vicarium generalem Illustr. & reuerend. Card. S. Angeli Archiepiscopi, prout ex inuestituris, quarum copia transmittitur.

Tandem mortuo D. Ioan. relicta post se D. Theodora eius sorore carnali, ac herede vniuersali ab intestato, nec non superuiuente adhuc d. Illustr D. Luffo iuniore ex praenominato D. Hieron. praedefunctis iam iam aliis eius fratribus sine prole.

De possessione de qua agitur per gratiam, si deuoluta erat, & etiam vt cōprehensus in prima inuestitura, tanquam viuens filius d. D. Hieron primi inuestiti, innouatus fuit ab Illustriss. & reuerendiss. Card. Vrbinas Archiepiscopo moderno dictus Illustr. D. Luffus iunior filius superstes, & etiam vti proximior agnatus masculus dicti D. Ioannis, sub die 15. Decembris Anno 1575.

Postea in executione ipsius inuestiturae in realem, & corporalem possessionem dd. bonorum immissus fuit, prout ex instrumento possessionis, legi potest.

Vltimo loco instat D. Theodora coram eodem Illustr. & reuerend. Archiepiscopo moderno inuestituram reuocari primā ipsamq; inuestiri. Modo stantibus praedictis inuestituris, ac tenore ipsarū, de pluribus principaliter dubitari contingit.

Primo. An stante anteriori iamdiu dicto D. Hieronymo patri eiusdem Illustr. D. Luffi iunioris, aliae sequentes, in personam magnifici D. Ioannis nuper defuncti, de iure fieri potuerint, & factae releuent.

Secundo. An innouationes praedictae propter nō solutum Canonem factae d. equiti D. Ioanni, ad praeiudicium dicti Illustr. D. Luffi & D. Hieron. in anteriori inuestitura nominati, aliquem operentur effectum.

Tertio ac vltimo, quatenus non valeant, quis modo in renouatione praeferendus sit, an praedictus Illustr. Luffus solus superstes ex dicto D. Hieron. an D. Theodora viuens ex duabus sequentibus, vti soror carnalis heresq; ab intestato dicti D. Ioannis.

Quo ad primum omissis ad partes argumentis breuiter materiam praestringendo, arbitror concludendum, stante prima inuestitura d. D. Hieron non fuisse locum aliis sequentibus, ad praeiudicium Illust. D. Luffi iunioris in prima nominati, quam sententiam iuribus, authoritatibusque demonstro. Namque indubitati iuris esse constat, quod emphyteuticus † contractus non habet propriam naturam, sed 1
eam tantum quam partes pacīscentes imponunt, A ex. cons. 8 num. 8. lib. 2. Natta 49 n. 18 & 114. nu. 6. cum seq. lib. 1. clarissim Caephalus 178. num 11. lib. 2 & propterea in contractibus emphyteuticis † attendi- 2

tut tenor inueſtituræ, & pactorum in ea appoſito-
rum. Iaſon in leg. 1. & 4. not. C. de iur. emphyteut. Soci-
nus iunior conſil. 63. nu. 1. & 71. num. 1. cum ſeq. & conſ.
77. num. 13. lib. 1. & 101. nu. 11. & 109. num. 13. libro 2.
Iaſon 114. num. 4. libr. 1. Cæphalus 12. num. 1. & conſ.
30. num. 23. lib. prim. Pariſius conſ. 1. & 2. lib. 1. Neui-
za. 10. in princ. Zaſius 13. in princ. lib. 1. Natta 322. num.
4. lib. 2. Decius 185. nu. 3 & 193. num. 3. & conſ. ſeq. nu. 3.
208. 263. & 399. num. 3. Ruin. 20. & 187. lib. 1. Pari-
ſius conſ. 2. num. 24. & conſ. 11. num. 15. lib. 1. Sylua. 15.
num. 44. & in tit. de feud. recogn. quæſt. 38. Berous 65. in
princ. lib. 1. Socinus iunior conſ. 10. num. 11. vbi dicit
quod ſemper inueſtitura & tenor eius eſt attenden-
3 dus, & dicitur denegare omni naturæ, & † regulis
emphyteuticis, & conſ. 31. num. 7. & 12. lib. 4. Ad pri-
mam enim inueſtituram ſemper recurritur. c. 1. de duo.
fratr. à capit. inueſtit. Decius conſil. 193. in princ. cum a-
liis. vt per Roland. conſ. 55. num. 32. libro tertio. Decius
488. col. 3. in fin. verſ. ſecundo principaliter. vbi expreſſis
verbis fatetur, quod prima inueſtitura facta primo
4 acquirenti † alterari non poteſt, in præiudicium in
ea vocatorum. Baldus conſ. 327. lib. 1. Decius d. conſilio
185. num. 3. verſ. non obſtat quod in alia. Gozad. 26. verſ.
vndecimo. Abbas conſ. 3. num. 10. & 2. libr. 12. Neuiz.
11. numero ſexto. Caſtrenſ. 70. lib. 1. D. Cæphalus 155.
numero nono. cum ſeq. lib. 1. Berous 72. num. 21. lib prim.
& 113. num. 4. lib. 2. Port. Imo. 65. num. 7. Berous 67.
num. 30. libr. primo. Socinus iunior 55. num. 18. libr. 4.
Et adeo primæ inueſtituræ ſtandum eſt, quod ab ea
5 non eſt recedendum, etiam quod † alterata foret,
niſi in poſteriore expreſſe dictum ſit, quod de com-
muni conſenſu aliter facta ſit inueſtitura, quam ha-
ctenus eſſet ſolita D. Cæphal. conſ. 12. num. 26. 152. nu.
60. & 155. num. 9. cum ſeq. lib. 1. Rolan. 67. nu. 6. cum
ſeq. lib. 1. conſ. 2. num. 40. & latius 50. num. 60. cum ſeq.
lib. 13. Natta 505. num. 16. cum pluribus ſeq. & conſ. ſeq. n.
44. lib. 3. quibus in locis dicunt, quod ſi ſequentes
6 inueſtituræ diſcordant à prima, ſtandum † eſt pri-
mæ, quia radix, & principium attenditur. Afflict. de-
ciſ. 195. & alios concor. adducit Curtius iunior conſi-
lio 108. num. 18. Brun. 15. in fin. Pariſius 21. num. 8. &
conſ. ſeq. num. 65. & num. 145. lib. 1. Cum ergo ſecunda
inueſtitura facta fuerit D. Ioanni, nulla facta men-
tione primæ, & ſine clauſula derogatoria, vtique pa-
tet manifeſte non releuare d. D. Ioannem, minuſq;
eius ſororem prędictam quamuis heredem, vt ex ſu-
pradictis. Idem eſt in ſecunda inueſtitura eius nomi-
ne facta.

Quoniam vitium quod erat in prima repetitum,
cenſetur in ſecunda, & perinde eſt, ac ſi facta non fu-
iſſet. Caſtrenſ. conſ. ſeptuageſimo ſecundo. num. ſecundo, li-
bro 2. igitur, &c.

Nec obſtat, ſi diceretur, ꝙ Doct. ſupraſcripti pro
maiori parte in feudo loquãtur, ſed de feudo ad em-
7 phyteuſim † non procedit argumẽtum iuxta Theo-
ricam, Bart. in l. vt iureiurando. §. ſi liberi. de op. liber. &
Baldus in cap. 1. an agnat. vel fil. cum ſimilib.

Quoniam reſpondetur, quod quicquid eſt diſpo-
8 ſitum † in feudo, in emphyteuſi etiam diſpoſitum
cenſetur, Alexand. conſilio 107. col. 2. in fin. lib. 4. De-
cius 435. colum. fin. & ibi contrarium de iure non re-
peritur deciſum, de vno ad aliud prædictum argu-
mentum. Socinus iunior poſt alios ab eo relatos. con-
ſilio 109. numero quarto, libro ſecundo. & conſilio ſeptuage-
ſimo primo. numero ſeptimo. libro primo. & numero viceſi-
mo ſeptimo. vbi limitat quando eſt diuerſa ratio. Soci-
nus conſilio ſeptuageſimo, numero vndecimo, libro primo, &
octuageſimo ſecundo, numero ſexto. libro quarto. Socinus
ſenior 167. numero viceſimo quarto, libro ſecundo. D. Cæ-
phalus 139. numero viceſimo quinto, & ſequent. libro prim.
Clarus in §. feudum. quæſt. tertia. verſ. & hac quidem: quæ
ſententia potiſſimum in caſu noſtro procedere dici-
tur, ſtante prima anteriori in perſonam D. Hierony-
mi de dictis Numaiis factæ, pro ſe eiuſque filiis, &
nepotibus maſculis tantum, ex legitimo matrimo-
nio deſcendentibus, quo caſu ordine ſucceſſiuo ad-
mitti † debet Illuſtr. D. Luffus, vti filius ipſius Do- 9
mini Hieronymi ſolus ſuperſtes, in prima inueſtitu-
ra comprehenſus, ad Rom. conſilio viceſimo ſecundo, in
princip. vbi Mando. Curt. 75. colum. 8. melius cæteris
Capr. conſilio quinto, numero ſecundo & per totum Bo-
logn. 48. num. 1. cum ſeq. Mant. ſexageſimo, numero quar-
to. lib. 2. & ſic in præmiſſo caſu, vi taciti pacti, & inue-
ſtituræ ſic conceſſæ verba intelliguntur importare, vt
deficiente dicto D. Hieronymo vel vno ex eius filiis,
reliqui admittantur vigore illius ſtipulationis, & cõ-
tractus emphyteuſis. arg. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita.
de verbor. obligat. & l. ſi cum. in annos. in princ. quib. mod.
vſusfruct. amitt. notabiliter declarat Bart. in l. ſi mihi
& Titio. de verborum obligationib. non ergo per ęquipa-
rationem feudi ad emphyteuſim procedunt prædi-
cta, ſed ex vi verborum conceſſionis, & inueſtituræ,
à paritate rationis, & ab ipſa natura verborum, ita
declarat Alexand. conſilio quadrageſimo quarto, numero
tertio, libro primo. latius & melius conſilio centeſimo ſexto,
num. 6. lib. 4.

Attento itaque tenore primæ inueſtituræ, ſequi-
tur quod D. Theodora nullum ius habeat ſuper di-
ctis bonis emphyteuticis, cum ipſa non ſit de filiis,
neque nepotibus maſculis d. D. Hieron. excluditur
omnis, qui † nõ eſt in dd verbis incluſus, vt in ſimil. 10
declarat Iaſon conſilio octauo. colum. quart. verſ. ſexto ad
prædictam faciunt. inter conſ. Brun. cum aliis relatis per
Socin. iunior. conſilio ſeptuageſimo primo, numero viceſimo
tertio. & ſeq. lib. 1. igitur, &c.

Mortuo enim d D. Hieronymo, cui in emphyteu-
ſim cõceſſa fuere dicta bona, † ad ea dicuntur vocati 11
filii & eius nepotes gradatim, & ſucceſſiuo ordine
& gradu, quo eos lex vocat ab inteſtato. l. fin. Cod. de
verb. ſignificat. vbi Caſtr. Iaſon & Doct. Socin. conſ. 51.
nu. 19 lib. 4. & 252. colum. antepen. lib. 2. Corn. 74. nume-
ro tertio, libro primo. Iaſon 159. col. 2. lib. 4. Ergo in caſu
propoſito admittendus eſt, & quibuſcunq; aliis præ-
ferendus Illuſtr. D. Luffus ſolus ſuperſtes ex dicto D.
Hieronymo vti primo loco nominatus, prout in ter-
minis emphyteuſis declarat Angel. in l. Gallus. §. qui-
dam recte. verſ. tertia concluſio. de lib. & poſthum. vbi Ale-
xand. numero decimo. Iaſon viceſimo. Claud. Seyſel. 17.
Fortunius 60. & Galiaola 26. Alexand. conſilio viceſi-
mo quinto, numero octauo, libro tertio. & 124. numero ſe-
cundo, libro ſeptimo. Caſtrenſ. 145. in fin. lib 2. Corn. 24.
in fin. & 131. numero nono, libro ſecundo. Goza. 53. col. 2.
Quinimo cum ſit filius comprehenſus † in ipſa inue- 12
ſtitura viuo patre, cenſetur poſſidere, & eo mortuo
continuata in filium dicitur poſſeſſio, & propterea
nõ eſſet in eo neceſſaria innouatio ſeu renouatio, vt
ex multis per Crau. conſilio 151. num. 4. verſ. tertio. cum
iſta filia. igitur, &c.

Quandoquidem adeo emphyteuſis eſt debita fi-
liis, quod vbi pater ſimpliciter accepiſſet emphyteu-
ſim pro ſe, nulla filiorum habita † mentione, tamen 13
etiam id pro filiis maſculis fecuſſe iuris diſpoſitione
præſumitur. D. Cæph (vt alios omittam) conſ. 11. nu. 9.
vol. 1. Clarus lib. ſent. 4. §. emphyteuſis. quæſtione viceſima
octaua. vbi dicit, in practica non eſſe recedendum
ab hac communi opinione.

Sufficit enim in pręmisso casu cõstare quod Illust.
D. Lussus fuerit, ac sit filius masculus prænominati
Domini Hieron. solus superstes, prout in rei veritate
omnibus est notissimum, & propterea solus admit-
tendus, nec requiritur probatio quod sit heres pa-
14 tris, cum in dicta stipulatione non † sit facta mentio
heredis, sed simpliciter stipulatio facta fuerit ꝓ se, fi-
liis, ac nepotib nõ adiiciendo, & heredibus, ita Cor.
cons. 173. *n.* 1 *cum seq. li.* 2. Rui. *cons.* 22. *lib.* 1. Mant. *d. cons.*
60. *num.* 4. *lib.* 2. Soc. iun. 71. *n.* 3. *lib.* 1. quinimo ma-
15 gis intelligetur † recepta pro filiis, vt filius simpli-
citer, cum ad eos emphyteusis præmissa iure non
transeat hereditario. Ruin. *cons.* 162. *n.* 11. *&* 48. *n.* 4.
lib. 1. Corn. 282. *num.* 4. *lib.* 3. Berous 153. *n.* 6. *lib.* 3 Grat.
110. *num.* 44 *lib.* 1. igitur, &c.
16 Ad solos quippe nominatos duntaxat † transmit-
titur hereditas, & non ad alias personas. §. *emphiteu-
sim. in authen de non alien.* tradit Bartol. *in leg. etiam. sol.
matr. & in l. si tibi. §. si pactus. de pact.* late Goz. *consilio
trigesimo nono, numero sexto* & Curtius iunior 8. *num.
tertio.* & adeo est debita filus nominatis, quod eccle-
17 siæ constituenti † non debetur laudemium à filiis
succedentibus in emphyteusi, nec dicitur noua ac-
quisitio, in personam filii post mortem patris, sed
continuatio quædam. Pald. *in c. q. a in ecclesiarum. col.
penult. de const.* sequitur Decius *consilio* 262. *numero sex-
to.* igitur, &c.

Et non eundo per mendicata suffragia, dicitur,
quod nihil clarius deduci potest ad fauorem d. Illu-
strissimi Domini Lussi, ipsa inuestitura, ex quo liqui-
do constat, quod ista emphyteusis solum est mascu-
lina, hoc est, masculis tantum concedi solita, vt ex te-
nore inuestituræ apparet, qui diligenter est obseruã-
dus. *c.* 1. *de duo. frat.* Decius *cons.* 78. *col.* 3 & propter-
ea sicut ex forma sui ordinaria, non potest nisi ad ma-
sculos, & descendentes per masculos tantum transi-
re, vt patet ex illa dictione tantum, quæ stat exclusi-
ue, & sic omnes alios vltra nominatos excludit Bal-
dus *in l.* 1. *in prin si quis ius di ent. non obtem.* Dec. *cons.* 328.
n. 5. & sic non ad fœminas & per fœminas descenden-
tes, vt ex ipsa inuestitura liquet, cuius emphyteusis
18 consuetudo † attendi debet, vt ex multis per Bartol.
Alexand. & Doct. *in l. si mihi & Titio. de verbor. obligat.*
Socinus iun. *cons.* 9. *num.* 7. *cum plurib. sequent lib.* 3 vbi
loquitur etiam quando petentes renouationem es-
sent heredes vltimo defuncti, quia debent esse tales,
qui vere in omnibus qualitatibus in hac materia cõ-
sideratis ipsum super decedentem, & suos authores
repræsentet, & debent esse idoneæ personæ, ad em-
phyteusim, de qua agitur, alioquin sequeretur, quod
ecclesia cogeretur habere emphyteutam qualitatis
non conuenientis emphyteusi, & contra conuen-
tionem & tenorem inuestituræ, quod nullo pacto
est dicendum Sed cum Illustrissimus Dominus Luf-
fus fuerit, & sit filius masculus solus superstes d D.
Hieron. descendens, ex legum matrimonio & in di-
cta inuestitura comprehensus post patrem primo lo-
co nominatus, sequitur necessario, quod mortuo pa-
tre nullus alius sit in bonis prædictis admittendus,
nisi ipse solus, cui qualitates habilitatis, masculini-
tatis, prioritatis, conueniunt omnes, merito eccle-
sia ipsa modis omnibus debet eundem inuestire, tam
de iure communi quam ex forma dictæ conuentio-
nis, & contractus. Decius *consilio* 328. *numero tertio.
vers quibus non obstans. & vers. secundo, principaliter ista
conclusio. & in fin. verbu. ver. non obstat quod Canonici.* Cra-
uetta *consilio* 151. *numero quarto. ver. quod dictum magis
obtinet.* igitur, &c.

Hinc necessario infertur, quod sequentes inue-
stituræ, in personam d. D. Ioannis factæ, nullius sint
momenti, nihilque nocere possunt d. Illustrissimo
D. Lusso quoniam ipsæ nullæ sunt ex defectu tacitæ
voluntatis ipsorum Illustrissimorum & reuerendis-
simorum D D. concedentium, quoniã † subreptitię
concessiones ex defectu tacitæ voluntatis cõceden- 19
tis non valent, siquidem si voluntatem nouisset Illu-
strissimus Dominus Archiepiscopus primo conce-
dens non ita concessisset, vt per omnes *in c. super lite-
ris. de rescript.* nec Ias. *in l.* 1. *num.* 2. C *si contra ius vel
vtil pub.* Decius *in consilio* 541. *numero secundo* Crauet-
ta 296. *col.* 4. *in fin.* Goza. *consilio sexto. numero sexto.*
Curtius iunior 27. *in fin. &* 31. *in fin.* sed vitium pri-
mæ continuatur in secundam. igitur &c.

Nam subtacuit D. Ioannes extare inuestituram
anteriorẽ de dictis bonis per dictum antecessorem
suum factam dicto D. Hieron. pro se, filiis, & nepo-
tibus masculis tantum, quæ omnino excludebat
extraneos heredes, & fœminas ipsosque D. Hieron.
filios tunc temporis fuisse in d. bonorum possessio-
ne, cuius possessionis suppressio, seu taciturnitas, vi-
tiat concessionem. *c. cum nostra. de concess. preb.* Felinus
in c. in nostra. num. 32 *de rescrip.* late Menoch. *de arb. iud.
casu* 159 & magis ad casum nostrum Rolan. *consilio
decimo. numero nono cum seq. l.* 3. *melius. cons.* 7. *numero*
108. *&* 109. *cum seq. eod. lib.* vbi ampliat procedere et-
iam stantibus clausulis † ex certa scientia, & de ple-
nitudine potestatis, quæ omnia si expressa fuissent, 20
non vtique nouam concessionem fecisset, quoniam
(vt in præcedentibus dictum est) ab antiquioribus
inuestituris non est recedendum, nisi in posteriori-
bus expresse dictum sit, quod de communi partium
consensu aliter facta esset inuestitura, quam hacte-
nus solita esset concedi. Nec princeps potest rem
per se concessam alteri concedere † sine clausula
non obstante, cum semper intelligatur id facere sal- 21
uo iure alterius. Curt. *cons.* 364. *num.* 10. *cum seq.* &
non est verisimile quod noluisset Illustrissimus & re-
uerendissimus ipse reuocare factum sui antecesso-
ris, Bald. & Doct. *in l.* 1. *C. de const. prin.* Rom. *consil.*
327. *num.* 3. Ias. *cons.* 10. *col* 1. *lib.* 3. Gra. 241. *numer.* 17.
inuestiturã enim prædecessoris qui successores sunt
tenentur obseruare D. Cæphalus *consilio* 168. *numero
nono, libro* 2. igitur, &c

Circa secundum videbatur omnino dicendum,
quod huiusmodi emphyteusis propter Canonem
non † solutum infra debitum tempus, fuerit ad ec-
clesiam deuoluta, iuxta Theoricam, de qua per Cla- 22
rum §. *emphyteusis. q.* 42. & propterea licuerit Illu-
strissimo & reuerendissimo D. Archiepiscopo in prę-
iudicium primi emphyteutæ eiusque successorum
alteri concedere. *l. nemini.* vbi est casus. C. *loca.* cum
enim prædictus D. Ioannes fuerit inuestitus tanquã
de re ad ipsam ecclesiam deuoluta, videtur Illustris-
simus Archiepiscopus declarasse, se velle, quod res
ad ecclesiam reuertatur, & hoc sufficit absque † a-
lia declaratione expressa, vel alia sententia priuatiua, 23
etiam sine citatione primi emphyteutæ, eiusq; suc-
cessorum. Iason *leg. prim. Cod. de iur. emphyteut. nume-
ro* 21. Rom. *consilio* 212. *numero primo. cum sequent.* De-
cius 329. *numero sexto.* Socinus iunior 111. *numero
septimo. cum sequent. leg secund.* Ruinus 166. *numero de-
cimo quarto. lib.* 1. Roland. à Valle *consilio secundo, nu-
mero* 172. *lib* 1. *& alibi passim.*

Nec videtur quod Illustr. Dominus Lussus iu-
nior licet in prima anteriori 1515. cõprehensus, simili
modo locata D. Lusso antiquiori eius auo paterno,

prout in dicta inuestitura dicitur, potuerit petere ab Illustrissimo & reuerendissimo Archiepiscopo moderno, quod sibi fiat dd. bonorum innouatio seu inuestitura, quoniam tam auus eius paternus D. Lussus senior primo inuestitus quam D. Hiero. eius pater secundus, dicuntur priuati propter non solutum Canonem, vt est de mente Ruini *vbi supra* & alii sequuntur Ias. *in l. 2. in 7. quæst. princ. C. de iur. emph.* Socin. *in l. 4. §. Cato. in quinta opp.* Bart. *numero vicesimo. de verbor. obligationib.* sequitur D. meus Alciatus. *ibi n. 97.* igitur, &c.

Quoties emphyteuta aliquid facit contra naturam emphyteusis, in damnum directi Domini, vt quia Canonem non soluit, prout in casu nostro, fa-
24 ctum patris † nocet etiam filiis, licet pater non sit primo inuestitus, ita Boer. *in leg. prim. de interdict. & releg.* Albericus *in cap. secundo, num. nono. de feud.* Goza. *cons. 46. num. decimotertio.* Ruinus *dict. cons. 166. in fin.* Decius 329. *numero sexto.* D. Cæphalus 147. *numero primo. libro primo.* Grat. *nonagesimo sexto. numero vicesimo tertio. libro primo.* Antonius Gabrielius *tit. de iure emph. conclus. prim. num. 8. & 2. num. 32.* Grat. *consil 132. num. septimo. libro primo.* Clarus *d. §. emphyteusis. quæst. 8. vers. sed hic quæro.* igitur, &c.

Nec dicatur quod tunc temporis, quo prima vice inuestitus fuit dictus D. Ioannes, iam vita functi erant omnes inuestiti, superstitibus tamen dicto Illustr. D. Lusso iuniore, & ipso D. Ioanne eius patruele, vnde præsupposito, quod idem D. Ioannes foret in eadem inuestitura comprehensus, vna cum prædicto Illustr. D. Lusso, quod tamen non est, vt infra demonstrabitur, satis iniquum videtur, quod factum, sine negligentia vnius non soluentis, præiudicet aliis successoribus in emphyteusi comprehensis, & contra iura vulgaria, & alia, de quibus per Grat. *dict. consilio 132. numero primo. cum pluribus sequent. libro primo.*

Quoniam respondetur de iure id non procedere,
25 quinimo ratione partis † non solutæ, emphyteutica res reuertitur in totum ad Dominum. Nam vbi emphyteuta plures requirit heredes, & vnus ipsorum partem soluit suam Canonis, alii vero non, res tota in commissum cadit. Glo. est communiter approbata *in l. communi diuidundo. in vers. infunderetur. com. diui.* quam pro communi sequitur Riminald. *consilio 381. numero quarto. libro secundo.* Afflictus *decis. 153. numero quarto.* Clarus *d. §. emphyteusis. quæstione octaua. vers. quæro, quid si emphyteuta plures heredes.* Rolandus à Valle *consilio decimo septimo. numero decimo sexto. libro secundo.* igitur, &c.

Quibus tamen non obstantibus contrariam sententiam arbitror de iure veriorem: quinimo tam prima quam secunda innouationis factæ, in personam d. Domini Ioannis, non potuerunt fieri in præiudicium dicti Illustr. Domini Lussi, & tanquam nullæ nihil releuant D. Theodoram aduersariam, tum propter collusionem, & malum animum, ac fraudem dicti Domini Ioannis, tum propter multiplicem vtriusque inuestituræ nullitatem, quam etiam stante validitate, & efficacia anterioris inuestituræ dicti Domini Hieron. patris eiusdem Illustr. Domini Lussi, nam de collusione satis euidenter ex pluribus constare dicitur.

Et primo quoniam D. Ioannes consentiente Illustrissimo Archiepiscopo, seu eius procuratore se solum asseruit successorem d. possessionis de qua agitur omnesque pro tempore decurso soluit Canones, & eodem instanti sub prætextu, quod à solutione Canonis cessauerit, prout consulto, prudensque, seu potius malo animo & fraudulenter integro triennio non soluit, de dicta possessione, tanquã deuoluta, fuit inuestitus, quo casu dicitur, quod non soluit in fraudẽ aliorum, & de ipsius fraude apparet quoniam fecit non soluendo, quod nullus fecisset, vnde est in lata culpa. *l. lata. de verbor. significationib.* Bart. *in l. quod Nerua. dep.* quæ lata † culpa dolo æquiparatur, 26
cum agatur de commodo pecuniario & non de pœna corporali. *l. 1. §. cum autem. si quis test. lib. esse ius. fue.* Bartol. *d. l. quod Nerua.* Baldus *leg. prim. circa fin. vers. item præsumitur dolus. C. si quis om. cau. test.* Ana. *in rub. de collu. deteg. colum. prim. vers. nam ista confessio. & in c. audiuimus. colum. 2. vers. nota, quod hic probatur collusio. eod. tit.* Socinus *consilio decimo octauo. numero vicesimo quarto. lib. 1.* igitur, &c.

Secunda est collusionis, & fraudis præsumptio, quia idem D. Ioannes, qui confessus est se cecidisse, fuit † de nouo inuestitus ad sui vtilitatem, ideo præ- 27
sumitur collusio, prout ad literam dicit tex. *in c. vlt. in fin. de renun. libro sexto.* & consuluit Grat. *d. consilio 157. sub numero octauo. cum sequent. libro primo.* & multa conferunt ex not. per Crauet. *cons. 100. numero quinto. cum plurib. sequent.* & quasi per totum, vbi ex pluribus demonstrat, quod si quis remanet in possessione, præsumitur dolus & fraus, quando cadit aliqua præsumendæ fictionis suspicio. Rot. *decisione prima. circa fin. de donat. in nouis.* Ægid. *decis. 716. circa fin.*

Altera est coniectura, odium & inimicitia inter dd. Illustr. Dominum Lussum, & Dominum Ioannem, propter quod odium pluries dixit idem Dominus Ioannes se nociturum esse d. Illustr. Domino Lusso, & attestando ipsius inimicum esse adnot. per Garer. *in pract. sua crim.* post Gramm. ab eo relatum. *in liter. inimicum. in ver. adde ex quibus causis.* quo casu præsumitur quod omiserit soluere pensiones debitas fraudulenter, vt ipsi noceret, ex quo, ex † inimici- 28
tia præsumitur omne malum. Gandi. *de præsumption. & indic. indubitatis. numero decimo sexto.* & faciunt not. per Paris. *consilio octuagesimo sexto. numero trigesimo septimo. libro tertio.* cui præsumptioni obuenire voluit Illustrissimus & reuerendissimus Cardinalis Vrbinas Archiepiscopus Modernus religiosissimus, & probatissimæ conscientiæ inuestigando eum. *arg. leg. in fundo. de rei vend. cum vulg.*

Quarta consideratur coniectura fraudis, quia tam in prima quam in secunda inuestituris d. Domino Ioanni factis, asseritur d. Dominum Ioannem cecidisse, propter pacta non seruata, & pensionem non solutam, de quo tamen nihil constat, neque standum est eius confessioni: quoniam cum ipse Dominus Ioannes non posset mediante alienatione, & refutatione præiudicare aliis agnatis in inuestituris prioribus † comprehensis, vt infra demonstrabitur, 29
non potuit etiam confiteri ea, ex quibus daretur occasio alienationi, nisi de causa cõfessionis constaret. *per not. in leg. qui testamentum. de proba. & l. cum quis decedens. §. Titia honestissima. de leg. tert. cum pluribus concord.*

cord. de quibus per Tiraquell. *de leg. connub. Glos. 5. numero 113. & Glo. 8. num. 192.*

Hæc dicatur quod ad effectum probandi non solutionem, sufficit obligatio inter illum qui debebat soluere, & illum cui fienda erat solutio. Rolandus à Valle *consilio octuagesimo septimo numero tertio, libro primo.* Antonius Gabrielius *tit. de probationib. conclusion. sexta. numero vicesimo primo.* quoniam dicitur quod illud non procedit ratione tertii, ex quo per illum qui allegat solutionem non fuisse factam, hu-
30 iusmodi negatiua † etiam non coarctata debet probari iuxta declarationem ac distinctionem Bartoli *in leg. in illa. numero quarto. cum sequentib. de verborum obligationib.* vbi Iason pro communi. *numero decimo quarto. cum sequentib.* & post eum Ripa *numero decimo tertio.* & ratio euidens demonstratur, quia non agitur de præsenti, ad effectum cognoscendi, an ecclesia possit petere solutionem Canonis à Domino Ioanne qui possedit: quo casu procedunt contraria, sed modo tractatur ad effectum cognoscendi an fieri potuerit noua inuestitura ad præiudicium Illustr. D. Luffi iunioris, in antiquis comprehensi inuestituris præcedentibus.

Enimuero, & de dolo d. D. Ioannis magis clare patet, quia fecit se renouari, & nõ fecit prout erat in prima inuestitura, vt facere poterat & debebat, ex quo manifeste colligitur, quod non potest dici, quin sine dolo ceciderit suo, & nõ animo fraudandi alios vocatos in inuestituris: quia si ita non esset, cum sibi sit concessa renouatio, & potestas purgandi moram, damnu quod negligentia sua obuenerat recuperasset renouando, prout continebatur in prima anteriori,
31 quæ est vehemens † coniectura, quod dolo ceciderit suo, & hoc indirecto modo Illust. D. Luffo iuniori, in anterioribus inuestituris comprehenso præiudicare. Grat. *cons. 132. sub nu. 8. lib. 1.* & clarum est, quod emphyteuta qui canonem non soluit de iure canonico, potest moram purgare, *cap. potuit, vbi cano. lo. a.* Iason *in leg. secund. num. 70 septuagesimo secundo. de iure emphyteutic.* Iul. Clarus *vbi supra. quæstione octaua. vers. item quæro, num quid dictus emphyteuta qui canonẽ non soluit.* Antonius Gabrielius *vb. supra conclusione secunda. numero trigesimo septimo. vers. secundo limita.* Facit tex. *in leg. eleganter. §. si dolo.* ibi, *procurator passus est vincere aduersarium meum.* & ibi, *si collusum sit.* iuncti Gloss. *in verb. collusum. de dolo. & c. audiuimus.* vbi Aretinus *numero tertio. de collu. deteg.* Bartolus *in l. filius familias. §. diui. numero nono. de leg. prim.* & habetur per Anton. Angusciolam *decision. sexcentesima vicesima quinta. libro 3.* Ægid. *decis. sexcentesima decima quarta*, & poterat celeri solutione satisfacere, quod relinquitur arbitrio iudicis prout ibidẽ fatentur doctores, & nouissime tradit Iacobus Menochius *in tractat. de arbitrar. iudi. libro secundo. centur. prima. casu septimo. numero decimo tertio* igitur, &c.

Præterea dicitur quod quatenus constaret, quod Dn. ipse Ioannes cessasset soluere canonem, & propter id bona prædicta fuissent ad ecclesiã deuoluta, non merebatur tamen amplius habere eadem bona,
32 per tex. *in cap. fin. de postul.* vbi committens † ingratitudinem in ecclesiam perdit quod ab ecclesia habebat, & facit regula text. *in ea quia frustra. de v. ur.* Hinc dixit Romanus *in consilio ducentesimo duodecimo. numero primo. cum sequentibus.* Quod vulgata sententia Bartoli *in leg. prima. §. permittitur. de aqua quotidiana & æstiuali. & in leg. si mihi, & Titio. ff. de verborum obligationib.* non vendicat sibi locum in his, quorum culpa res reuersa est ad ecclesiam. Quinimo eis irrequisitis potest alteri concedi, *allegat iura, & decisiones.* & magis ad casum nostrum videtur tex. *in cap. commissa. §. 1. de elect. & elect. potest. libro sexto.* vbi beneficium vocans ex negligentia alicuius, non potest iterum ipsimet negligenti conferri, ex quo infert ibi Ancharanus *sub numero tertio. in quinto notab.* Quod priuatus ecclesiæ propter suam culpam, ad eam effectus est inhabilis illa vice, & rationem reddit, quia esset ludibrium quem priuare, & statim iterum reassumere, item tenet Abbas post Ioannem Andream *in Specul. super c. ad audientiam. in col. penult. de præscript.* nõ potuit ergo nec debuit ecclesia eadem, de nouo, bona prædicta concedere dict. Domino Ioanni, igitur &c.

Rursus deueniendo ad nullitates vtriusque inuestituræ dict. Domini Ioannis, dico eas nullas. Et primo, quia † extendunt se ad heredem extraneum, 33
& sic excedunt formam antiquam, de qua in præcedentibus, non adhibitis solennitatibus requisitis in alienatione bonorum ecclesiæ, quo casu nullæ sunt. Curtius iunior *consilio 4. numero primo. cum seq. & 130. numero tertio.* Cæphalus *consilio 9. numero 8. cum seq. libro primo.* Clarus *dict. §. emphyteusis. quæst. 6. in fin. vers. modo subsit legitima causa, & debita solennitates interuenerint.* ex quo infert *in princ. dict. quæst.* Quod quando res solita concedi in emphyteusim aliquo modo reuerteretur ad ecclesiam ipsam, posset res concedi solitas in emphyteusim alteri concedere absque solennitatibus requisitis, si fieret eo modo, quo solita est, alias non valet, saltem quatenus forma solita excessa est, sequitur Iacobus Menochius *consilio 111. libro secundo sub numero vigesimo tertio.* melius idem Iulius Clarus *vbi supra quæst. vigesimo octauo in versic. secundus est casus.* igitur, &c.

Altera est nullitas, quia licet alias factum patris possit nocere filiis etsi non sit ipse primo inuestitus, vbi aliquid † committit contra naturam emphyteusis, in damnum directi Domini, & hoc procedit 34
in feudo seu emphyteusi hereditaria. Saly. *in leg. secunda. Cod. de iur. emphy. in 22. quæst.* vbi Iason *in 7. quæst. numero 192.* Socinus iunior *consilio 9. numero decimo quarto. libro tertio.* nouissime ex multis aliis Tobias *consilio 2. numero 40.* sed nihil de heredibus dicitur in inuestituris antiquioribus, ergo factum filii non potuit aliis nocere in emphyteusi succedentibus & sic quod expresse facere non poterat Dn. Ioannes, multo minus tacite, renunciando in fauorem ecclesiæ, id facere potuisse: ad præiudicium Illustr. Do. Luffi dicendum est, vt per Doct. *in leg. apud Iulianum. §. si quis alicui de leg. primo. & not.* Grat. *dict. consilio 132. sub numero quarto ad fin. cum seq.* Nam Dn. Hieronymus filius Mag. Dn. Luffi antiquioris, & successiue d. Dn. Ioannes etiam ius prætendens vigore laudi, & sic diuisionis factæ inter dd. partes, prout supra dictum, ex quo ipsi non acquisierunt d. emphyteusim, sed in ea ab ipso Domino Luffo seniore acquisita † successerunt, non potuerunt quidem, 35
neque alter eorum potuit per quamcunque culpam aliis in inuestituris prioribus comprehensis præiudicare. Clarus *dict. sentent. libro quarto. §. feudum. quæst. sexagesima sexta. versic. ego alias in illa causa.*

& in terminis solutionis non factæ in emphyteusi antiqua consuluit Grat *d.cons.*132.*lib.*1.& est decisum *inter decisiones Cameræ imperialis.sent.*3.*obser.in fi.* nouissime Socinus iunior *consilio* 112.*numero* 2.*libro secundo.* igitur &c.

Tertio confirmatur præmissa cõclusio arguendo ab enumeratis, quod est in iure validissimum argumentũ, aut quippe volumus quod verba de quibus in inuestituris dicti D.Ioannis, ibi pleno iure deuoluta,& recaduta propter canonem non solutum per d.D. Ioannem, aut per antecessores nominatos in inuestituris. Et primo casu dicitur facta collusio, vt supra in fraudem Illust.Dn.Luffi in anteriorib.comprehensi, quod fieri non potuit causis & rationibus supra dictis, igitur &c.

Secundo casu fieri non potuit, in præiudicium aliorum in eis comprehensorum.Clar.*d* §.*feudum.q.*66.Grat.*dict.consilio* 132.*per totum,cum aliis supra dictis.* igitur &c.

36 Et eo magis quia talis declaratio debuit fieri † ante mortem emphyteutę non soluentis Curt.*cons.*160. qui loquitur in emphyteusi deuoluta propter non solutum canonem, & eo mortuo non potest priuari eius heres, sequitur Ruin.*cons.*168.*nu.* 20.*libro primo.* Cassad.*vbi supra decis.* 2.*num. tertio. & decis. seq. in princ.* Tiraquellus *in repet.leg. si vnquam in ver. susceperit liberos.numer.*174 *& in verbo,reuertatur.numer.* 247.*Cod.de reuo. dona.* Menochius *consilio* 155.*nu.* 17.*cum seq.leg.*2.

Et tanto magis, quia in casu nostro nõ cadit ignorantia directi Domini, nam in eo pręsumitur scientia

37 ex quo concepta ac instrumenta † emphyteutica sunt,& esse præsumantur apud ipsum Dominũ Dec. *cons.*328.*sub num.* 6.*vers. non obstat quod scientia,* & vbi instrumentum reperitur esse penes aliquem, præsumitur eius scientia, Crau.*cons.*193.*n.*6 & Rui. 48.*n.*3. *lib.*1. igitur &c.

Nempe innouationes factæ in personam d. D. Ioannis, non ab eodem Archiepiscopo factæ sunt, sed

38 à successoribus, † vnde caducitas, quã non declarauit directus Dominus, ab eius successore declarari nõ potest. Ant. Gabr.*vbi supra concl.*3 *verb. contrarium.* & vltra eum hanc cõmunem sequitur Cassad.*d.decis. in prin.* Tiraq.*in memoratis locis.* Bursa.*cons.* 95.*numero* 5. *& seq.*

Accedat insuper, quod ex alio huiusmodi inuestitura non nocet Illust.D Luffo Iuniori: quia compro-

39 missum † inter partes factum sine consensu D. nihil valet, Ias.*in l.si num* 119.*quæst* 9.*de iure emph.* Rolan.*in*

40 *cons.*21.*num.*11.*lib.*4. neque diuisio † inter ipsas partes facta impedit, ne ius quod Illustr.D Luffo competit ad eum deueniat. Alexand.*cons.*21.*num.*5.*lib.*5 Ruin. *cons.*8.*num.*11.*ver.non obstat.libr.*3.*& cons* 11.*num.*6 *cum seq. lib.*1. Clarus *dict* §.*feudum.quæst.*77.*circa finem. vers. secundo principaliter.* nam per diuisionem non dicitur renunciatum emphyteusi. Goza *cons.*53.*n.* 10.*cum seq. & cons.*45.*n.* 20. igitur &c.

Amplius, & pro hac parte facit, quia cum Illustr.

41 D. Luffus bona † non possideat præmissa, ad aliquid non tenetur Dn. Cæph.*cons* 200.*num.*1 *cum seq.lib* 2. & non dicitur cecidisse à iure suo licet non soluerit canonem, Alexand. *in consilio* 124.*col.fin. in fin. lib.* 5. Ang 331.*col. fi. ver.super quinto.* quæ sententia verior,& communior est teste Soc.iun.*cons.*70.*num.*15.*cum seq. libro* 1.

Nec dicatur quod non soluente Dn Ioanni proportione sua bona in commissum ceciderunt, quoniam in contrarium se habet cõmunis opinio. Alber. *in l.commun. diuidundo. in prin. com.dicit.* quæ conclusio de iure canonico receptissima est. Brun.*cons.*41. *n.*29. *vbi adducit concor.*

Præterea nullibi apparet quod Illustr.Archiepisc. qui renouationem fecit D Ioanni haberet notitiam quod Illust.D Luffus iunior ius haberet in dictis bonis, vel quod esset de descendentibus primi stipulatoris prout ignorasse præsumitur *leg. neruus de probat.* idcirco non creditur voluisse, quod Illust prædictus perdiderit ius quod habebat ꝓpter nõ solutũ canonem, sed magis credidit, quod non superesset perso-

na † ex primo stipulante, ad quem bona pertinerent 42 vel an esset necessario renouanda, ita in terminis cõsuluit Corn.*cons.*115.*num.* 11.*lib.*1.

Nec obstant adducta in contrarium, quia ex supra dictis clarissime resoluta, & penitus sublata patet, igitur,&c.

Quod ad tertium & vltimum conclusiue loquendo dicendum est, bona huiusmodi prædicta, spectare ad Illustr. Dominum Luffum solum superstitem masculum, ex d D.Hieronymo exclusa penitus d D. Theodora, quoniam expresse sibi fuit ius quæsitum, tam ex paterna inuestitura quam auita D. Luffi antiquioris, præcedente, *cap.*1.*de duo fratr. à cap. inuest.* tradunt omnes *in l.vt iurisiurandi.* §.*si liberi.de bon.liber.& in l emancipatum.*§.*si quis.de sena* & in terminis emphyteusis Ang.*in l.Gallus.*§.*quidam recte.ver tertia conclusio. de lib. & posth.* vbi Alexan.Ias.& cæteri.& in terminis nostris, quando emphyteusis cõcessa est vni tantum, pro se,& filiis, vel pro se,& descendentibus suis, vtriq;

inter ipsos descendentes à primo † inuestito habet 43 locum ius accrescendi. Clar in *dict.* §. *emphyteusis,q.* 59.*ver. sed quando concessa est vni.* siue attentatur auita seu paterna emphyteusis & sic vtroque casu exclusa d.D.Theodora, licet ex masculo descendens. Socin. iun *cons.*186.*n.*12.*lib.*2.*cons.*2.*n.*6.*&* 116.*n.*5.*lib.*3. Castr. 189.*& seq.cons* 300.*lib.* 2.

Et eo maxime, quia eadem inuestitura facta fuit ex liberalitate Illustr & Reueren.Dn. cõcedentis, vt patet ex dictis verbis, *Largitus est,* quo casu adeo ius consolidatum fuit in personam filiorum ex stipulatione paterna, quod non † potuisset ipse pater præiu- 44 dicare filiis, & descendentib. ita ad literam declarat Corn.*cons.*37.*n.*13.*&* 282.*n.*10.*lib.*3.Bolog 48.*num.* 6. Nar 501. *num.*15.*ver. si autem pater nihil dedit.&* 551.*nu.* 43.*lib.*3. Clar.*vbi supra.quæst.*16. D. Cæphalus *cons.* 23. *num.* 4.*cum seq. lib.* 1.Ruin.36.*num.* 15.*lib.* 1.Goza.71. *num.* 1. Bertagrin.*in tract. de episco. in* 4.*par. numer.* 62. *tomo* 5.*fol* 253. vbi dicit quod emphyteusis ecclesiastica cõcessa per episcopum ad tertiam † generationem

masculinam, nõ potest dari ad tertiam masculinam 45 & fœmininam. Goza.*consilio* 53.*nu.*18.*& cons.*20.*n.*10. igitur &c.

Amplius dicitur, quod non valent inuestituræ d. D.Ioannis, ad præiudicium † ecclesiæ propter alte- 46 rationem antiquarum. Alexand *l.etiam.col pen.ver. secundo limita sol. mat.* Socinus iun. *cons.* 11 *num.*10.*lib* 3. minus ad præiudicium d Illustr. D. Luffi,& non potest mutari forma antiquarum inuestiturarũ. Corn. *cons.*74.*lib.*1.Goza 53.*num.*15.

Fingamus enim quod D.Ioannes esset vnus ex filiis d.D.Hieronymi primi stipulantis, qui canonem non soluisset, vel expresse renunciasset ad fauorem ecclesiæ, quod est fortius, non potuisset tamen ex prædictis præiudicare sequentibus comprehensis, quibus erat ius quæsitum, Grat.vbi alleg. et alios *dict. cons.* 132.*n.*1.*cum seq.*

Neque tale ius quæsitum impeditur propter diuisionem factam inter partes emphyteutas, Alex. *cons.*

cons.21 lib.5. Feder. de Sen 77. Dec. 262 *col.3. vers. similiter tale ius.* & latius 412. *nu.3.* vbi ampliat procedere, etiamsi diuisionem præmissam fecissent cum remissione iuris, quod habebát, vel habere sperabant: quia etiam eo casu nó excluditur. Quo minus alter frater qui superfit, venire possit ad portionem fratris præmortui, secundum tenorem concessionis. Iure merito igitur excludenda venit D. Theodota, nitens ex forma inuestituræ d. D. Ioanni factæ omni ex capite

48 nullæ. quia per secundam † nó potuit infringi prima *Lterti conditio. §. quoniam. si cer. pet. cum vulg.* nam quod nullum est, nullum iuris producit impedimentum, Castrens. *cons.22. numero 2 lib.2.* Glo. *in leg. si pater. Cod. de sta. des.n.* Baldus *in leg fin. Cod. de non nu. pec.* Corn. *consilio 535. colum. 4. libro primo.* maxime quia nullitas prouenit ex defectu iurisdictionis *iuxta Glo. in clem. 1. de sequestr. possess. & fruct.* Deci. *consilio 434. in fin.* Zant. *in tract. de nullit. titul. quis possit dic. de null. numer. 34. cum sequentibus.* vbi dicit hanc nullitatem nunquam censeri à statuto reiectam, & cæteris omnibus exclusis. Grammaticus *consilio 64. numero 4.* Menoch. *respon.2. numer.152. in causa Ferarien. post titulum. de recup. poss. fol. mihi 266.*

Quibus stantibus, prout in facto verissima sunt, & in iure clarissima, Illustrissimus & Reuerendissimus Dn. Cardinalis prædictus modernus Archiepis. Princeps pacis, & splendor iustitiæ obuiare voluit fraudibus d olim Do. Ioannis, prædictumque Illust. Dominum Luffum iuniorem innouauit prout facere iure merito sibi licuit *arg. not.* per Castrens. *consilio 189. colum. penult. leg. 2.* & propterea in concursu cum d. Dn. Theodota, idem Illustr Dominus Luffus habentes ambo emphyteutæ causam ab eadem ecclesia potior censendus d. Dominus Luffus, qui prior

50 fuit † inuestitus, idem Crastrens. *consilio 95. numero 2. lib.2.* Alciat. 589.

Ad laudem omnipotentis Dei, & Gloriosæ eius semper Virginis Matris.

Andreas Fachineus Foroliuii.

Pro D. Luffo Numaio Foroliuiensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXX.

Statutum excludens fœminas stantibus masculis effectum habet etiam contra forenses.

SVMMARIA.

1 *Statutum excludens fœminas habet locum etiam contra forenses.*
2 *Statutum potest inhabilitare forensem ad possidendum bona in eius districtu.*
3 *Generi per speciem derogatur.*
4 *Statutum excludens fœminas dotatas, intelligitur excludere ab hereditate dotantis.*
5 *Paria esse forum sortiri & statutis ligari, quo modo intelligendum.*
6 *Statutum laicorum valet in præiudicium ecclesiæ, vbi agitur de iure quærendo.*
7 *Statutum excludens fœminas &c. locum habet etiam vbi omnes sunt forenses.*
8 *Doctoribus in lecturis magis creditur quam in consiliis.*
9 *Cessante ratione legis in vno casu particulari, non cessat lex.*

Christi nomine inuocato.

Excellentissimi Domini licet proposita dubitatio sit plurimum anceps, & controuersa, cum ab vtraque parte sit magnus numerus scribentiú, & pro vtraque parte multi attestantium de cómuni. Recte tamen pensatis rationibus, & numero doct. magis vera, & communis videtur opinio ad fauorem Equitis Luffi Numaii, quod statutú Castrocarii excludens fœminas † à bonis sui territorii procedat etiá contra 1
forenses, quia cum de bonis principaliter agatur statutum respectu bonorú, quæ sunt in territorio statuentium porrigit effectú suum ad personas non suppositas *l. an in totum. C. de ædifi. priuat. l. pupillo. ff. de tuto. & curato. l. contra forma. C. de iure fi. ci. lib. 10. l. g. 1. C. quæ sit longa consuet. leg. fin. C. vbi in rem actio.* Lap. *all. g. 91. n.7. & 102. num.13. ver. secus vbi.* Cyn. *in leg. 1. vlt. col.* post Dyn. Gulhel. de Cun. Iac. de Are & omnes *in l. cunctos populos. Cod. de sacrosan. eccles.* vbi Bald. *num. 19. col.12. vers. subsequenter quæritur.* & idem Bald. *in cons. 145. lib. 1.* dicens hanc opinionem communiter practicari & obseruari, clare Anch *in c.1.12. q. prin. ver. sed circa personas &c. ver. quæro iuxta prædicta. de consti.* vbi de cómuni testatur contra distinctionem Bar. *in d. l. 1* de communi Alex etiam contra Bar. *cons. 16. col. 2. nu. 1. lib. 1. & in cons. 128. n.2. eod. lib.* de communi idem Alex. *cons. 19. n.7 ver. quinimo etiam quomodocunq. lib. 6 & 111. col. 2. li. 7.* Secundum quod consil. fuit iudicatum, vt apparet *in prin. cons. 41. eiusdem lib* de communi contra Bartol. testatur Paris. *cons. 84. num. 43. lib. 1.* de communi Cor. *cons. 115. in prin. lib. 2. & cons. 202. colum. 4. ver. dato autem eod. lib. & cons. 162. num. 7. lib. 3* de communi Soc. *cons. 288 post prin.* dicens hanc opinioné sequendam in iudicando, *& in cons. 292. eod lib.* de cómuni etiam Cur. iun. contra Bar. *cons. 5. col. 2. sub n. 42. ver. ad septimum respondetur.* pulchre de communi & contra Bart. licet allegatur ex aduerso Alber Brun. *de stat. exclud. fœm. n. 9. & seq & n.16. ver. in hac difficultate & art. 8. q. 25* Ioan. Licit. *in trac. de primog. lib. 2. q.6. col 4. in prin. ver. tene pro resoluto sub n. 6.* plures adducit Tiraq. *in trac. primog. q. 46. numer. 1.2. & 3. in fine d. q.* in Gallia talem opinionem seruari, idem Soc. iun. *in cons. 25. n 9. & 12. lib 3.* idé Goz. *cons. 49 nu. 8. cum seq* de communi Nat *cons. 148. col. 1. in fine. & cons. 149 n.8. & seq.* pulchre respondens ad omnia contraria bona add. licet mali authoris *in cons.* Alex. *44. lib. 5.* attestans pariter de cómuni contra Bar. & *cons. 41 lib. 7.* quam opinionem tenet Rot. per Ægid. Bellam. *decis. 78.* dicentem quod etiam in decisoriis sequi debemus semper cósuetudinem loci, vbi sita est res, de qua agitur, idem Staphil. quondá Auditor Rotæ *in trac. de lit gra. & iust. fol. 132. iuxta primam impressionem. col. 1. & secundum nouam tit. de prærog. expect. fol. 99. n.19.* Aym. *cons 101. n.15.* Alb. *cons. 50. n.5.* Brun *in trac stat 8. art prin. q. 14.* Et cum doct. prædicti reprobent doctriná Bart. *in d. l. 1. C. de sacro. eccles.* qui proprie loquitur vbi defunctus & alii sunt forenses, *vt apparet n.42.* Merito necesse est intelligere opinionem doct. reprobantiú Bar. vbi omnes sunt forenses, put in casu nostro. Et eo magis, cú ratio illa, quod scilicet statuentes disponere possint de bonis positis in eodem territorio, locum habeat etiam contra forenses, siue loquatur in rem, siue in personá, cum pari modo effectualiter disponat de reb. siue de personis contemplatione rerú *l. rescripta. §. si cú ibi not. ff. de mun. & honor. l. forma. §. si vero. ff. de cens. l. 1. C. de mulier in quo lo. o. li. 10.* Quæ suadentur, quia cú statutú possit † inhabilitare 2
forésem ad possidendú bona in eius districtu *l. apud Iulianum § fin. ff. de leg. 1.* per Bar. & alios *in l. filius fam. § diui. eodem titul.* facilius poterit induci habilitatio, quia

quia fauorabilior videtur *in l. filiusfam. de consti. prin.* & ita post Anch. *in c. postulasti. de foro comp.* arguit Natta *in cons. 148. num. 5.* Et differentia Bar an statutum loquatur in rem siue in personam, videtur potius verbalis quã realis, cum regula sit, quod non curatur cũ quo quis loquatur, sed in quem dispositio dirigatur *l. cum pater. § donationes. de leg. 2.* quem in proposito refert Nat. *cons. 149. nu. 6. col. 3. lib. 1.*

Vnde cum ex prædictis cõstet hanc veram & magis comm. opin. nõ credimus ab ea posse nec debere recedi, ex traditis *in c. 1. de consti.* cum concordanti. Quæ eo clariora apparebunt ex responsione contrariorum. Et incipiendo à leuioribus, & sic ab his, quæ dicta fuere per eximiũ d. scribentem ex primo proposito, minime obstare dispositionẽ iuris cõmunis vocandi proximiores. Quia cum adsit in proposito statutũ Castrocarii, vbi bona sita sunt, afficiens dominam Theodoram, vt fuit supra deductum, cessat dispositio iuris cõmunis, cum fuerit ab eo recessum

3 per statutũ, & † species derogat generi *c. generi de reg. iur. in 6. l. in toto.* vbi late Dec. *eod. ti.* quod in proposito statutorum tradunt Bar. & alii *in l. omnes populi. de iust. & iure.*

Minus obstat, quod statutum excludens filiã dotatam intelligitur † solum ab hereditate dotantis, &

4 per cõsequens D. Theodora non excludatur ab hereditate fratris proxime defuncti, qui eam non dotauit, per Bal. *in l. 1. de leg. hered.* cum aliis per Cæph. *cons. 278. quia respondendum* dicitur dictam opinionẽ limitari quod solum locũ habeat, vbi statutum excludit simpliciter filiam dotatã, secus vbi ꝓcedit vlterius enumerando personas, à quarum hereditate vult mulierẽ excludi. Quia tunc sufficit ab vno esse dotatã, vt per Paul. *in d. l. 1. de leg. hered.* vbi Sal. & alii Rom. *cons. 341. & 385.* Alex. 26. *col. pen. n. 6. li. 1.* Anch. 80. Dec. 346. Cor. 74. *lib. 1.* Ias. *in l. vt liberis col. 2. C. de collat. & in cons. 160. col. 1. li. 4.* Gab. *com. opi. li. 6 de statu. conc. 1 n. 2.* Brun. *in trac. de stat. exc. ad fœm. 8. art. q. 16. n. 15.* loquens ꝓprie vbi statutũ loquitur alternatiue, quod tenet Rot. *vt in decis. bonæ memoriæ Card. Putei 289. lib. 1.* loquens de statuto vrbis.

Prout non obstat quod statutũ nõ debet trahi ad

5 forenses, ex reg. illa quod procedunt à pari, † forum sortiri, & legib. ligari, & quia cum forenses non supportẽt onera, nõ debent gaudere fauorib. cum mens statuentium fuerit fauere ciuib. suis, vt per Bar. & eius sequaces *in d. l. 1. de sacrosan. eccles.* quia s̃ fuit ostensum posse statuentes disponere & dare modũ reb. existentibus in eorum territorio, licet in consequentiã tangant forenses, vt pulchre refert Nat. *d. cons. 149. n. 7. 8. & 9.* ex cuius dictis, si recte ponderentur, cessant omnia ex aduerso deducta.

Non obstat quod à pari procedat reg. illa sortiri forum, & legib. ligari. Quia respondet ad hoc Alex. *cons. 111. lib. 7. n. 5.* referens illud quod dicitur leges vel statuta non cõprehendere non subditũ, verificari in legib. vel statutis, q̃ arctant, prohibent, ꝓcipiunt, aut puniunt, specie quadã authoritatis: nõ in his quæ cõsulunt, vel prouident: post Lap. *alleg. 101. incipien. in ciuitate Florentiæ. sub n. 6. & seq.* Nat. *d. cons. 149. nu. 8.* vbi dicit statutũ non ex hoc ligare forensem, nisi in consequentiam, quod non attenditur. Et ideo videmus statutũ laicorũ prodesse clericis, licet nõ sint subditi, vt post Lap. *in d. alleg. 101.* & Alex. *d. cons. 111.* late refert Tiraq. *de primog. q. 44. n. 6.* vsq; in finẽ & ita implicite respondet ẽt Brun ad arg. illud fori & statutorũ *in 6. art. sub n. 18.* facit quia nõ est norma, vt ratione accessionis veniat, quod alias nõ veniret licet sit nobilius

§. si tamen alienam purpuram. insti. de rer. diui. l. si in emptione. de actio. emp. Poterat n. defunctus tollere dispositionẽ statuti testando, si voluisset, per quã rationem statuta huiusmodi ꝓcedere cõtra forensem referunt.

Secundo respondetur quod ratione bonorũ quæ defunctus possidebat in d. territorio, sortiebatur omnino forũ in loco Castrocarii *l. fin. C. vbi in rem actio.* Dec. *in c. sane. & c. fin. de foro comp.* Aym. *in cons. 201. n. 14.* adducens tale arg. à pari, tenendo partẽ nostrã, quod magis explicat idem Aym. *d. cons. 201. n. 14. & 15.* vbi ratione bonorũ quæ sunt in territorio, ꝑmittitur statuentib. disponere contra personã dominorũ illorũ, licet forensium, ob causam tantum dictorũ bonorũ, vbi quantũ ad res quas forenses habent in alieno territorio idem iudicatur, quod de subdito, post Gemi. *in cons. 8. col. 1.* & ita respondet in terminis Soc. iun. *in d. cons. 25. n. 12. ad fi. li. 3.* Vnde videmus forenses, ementes, & vendentes astringi ad solutionem Gabellæ. Capell. *d. cons. 148. n. 7.* Rursus vbi agitur de iure quærẽdo, valet † statutum laicorum ẽt in prçiudicium ecclesiæ. 6
Aym. *in d. cons. 201. n. 2.* post multos quos allegat idem Nat. *in d. cons. 149. n. 10.*

Quibus non obstat Maria. iun. *cons. 80. li. 4.* quia ex prædictis constat loqui nedum contra communem, sed contra se ipsum *d. cons. 25. lib. 3.*

Et licet ex prædictis resultet aperta responsio ẽt iis, quę deducta fuere per Clarissimos DD. Compromissarios. Nam dum primo dicũt adducta iam pro parte nostra, procedere, vbi omnes non erant † forenses, 7
secus vbi tam fœmina quam masculus & defunctus fuissent forenses, per Brun. *in d. tract. 6. arti. post n. 3. ver. & tunc aut masculus* quia supponimus aduerti quod rationes adductæ per Dd. tenentes partẽ nostrã, vendicant sibi locũ & quod omnes fuissent forenses, cum principalis non consistat in eo quod bona sunt subiecta statuentib. & illorum ratione forenses ẽt subditi in consequentiã, & quia statuta non prohibent, nec puniunt, sed prouident, & consulunt, per Alex. *d. cons. 111. n. 5. & seq.* Natta *d. cons. 148. & 149. per totum.* ꝓsertim *n. 7. 8. & 9.* Quæ rationes cũ sint generales operari debẽt, vt ẽt dispositio generaliter intelligatur, licet casus tulerit, vt aliquãdo non oẽs fuerint forẽses. Et quod ita intelligatur & procedat d. conclusio, apparet ex eo, quia Bar. *in d. l. 1. nu. 42. de sacrosan. eccles.* loquitur expresse vbi omnes erant forenses, & bona erant in alieno territorio. Vnde cum sua distinctio statuti loquẽtis in rem, vel in personã, cõmuniter reiiciatur, vt plene constat ex supradictis, consequens est, vt reprobetur in terminis, de quibus loquitur, & sic quando omnes erant forenses.

Nec contrariũ voluit Brun. ex aduerso allegatus, *d. 6. arti.* quia imo ipse firmat ad fauorem nostrũ: nam licet *in d. 6. artic. sub n. 3. ver. & tunc aut masculus.* & cepterit argumentari pro contraria parte, tamen tunc nihil firmat. sed remittit se ad dicenda per eum in eodem articulo & quæstione, vt habetur *col. 2. in prin.* ibi *de cuius d. veritate &c.* & *sub n. 6.* firmat expresse contrarium, & clare ẽt *in 8. arti. sub n. 121. & 130. q. 25.* Et quod ita Brun. teneat, refert Aym *in cons. 271. col. 3. num. 12.* Socin. iun. *d. cons. 25. sub n. 12. lib. 1.* Natta 148. *col. 1. lib. 1.* dicentes Brun. ita renuisse. Vnde cum Doctoribus in lecturis † vel tractatibus magis credatur, quam Doctoribus consulentibus, vt bene dicunt Clarissimi 8
DD. Compromissarii, & refert Aym. *de antiquit. temp. prima par. § propositũ. n. 48.* Rogamus causam expedini iuxta opinionem Ioan. Licir. *de primog.* & Tiraq. *eod. trac. q. 46.* & Brun. *in loco preall gato.*

Minus obstat replicatio ad arg. nostra, quod nõ debeant

debeant attendi bona ea ratione, quia cum quid est propter aliud, consideratur id propter quod est, quia hoc arg. attéto, nunquã forenses vel clerici vterentur statuto laicorum, cuius cõtrariũ fuit ostensum quinimo considerantur bona ex supra deductis.

Secundo respondetur quod licet principalis ratio
9 sit fauor agnationis, tamen cum generalis sit dispositio statuti, non ideo cessat dispositio ipsius, si in aliquo casu ratio deficiat. Tiraq. *in trac. à causa cessant. prima par. n. 132.* & clarius *limit. 32. probat bonus tex. in l. 1. in fin. ff. de minor.*

Assertio Bero. *q. 117.* est contra communem.

Decisio Perusi. *76. 2. par.* non loquutur in proposito, sed an statuta trahantur ad bona extra territorium, quod nihil facit, cum simus in casu, in quo non quæratur an statutum trahatur ad bona extra territoriũ, sed ad personas forens. Caterua doct. qui referuntur per Rol. *cons. 54. lib. 3.* si videant in fonte non faciunt ad ꝓpositũ pro maiori parte, sed voluit deseruire foro. Et licet Marz. Bero. & si qui alii sint testentur de communi, tamen ex prædictis constet opinionem magis communem esse pro nobis, cum de ea testentur vltra XX. docto. communiter reprobantes doctrinam Bartol. *in d. l. cunctos populos*, qui propriè loquitur quando omnes sunt forenses, prout in casu nostro.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Illust. D. Luffo Numaio Foroliuiensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXI.

Mater transiens ad secunda vota an priuetur proprietate bonorum quæ acquisiuit ex successione filiorum primi mariti quæ non à patre sed ab auo habuerunt.

SVMMARIA.

1 *Mater secundo nubens priuatur successione bonorum filii, quæ habuit ab auo.*
2 *Sed contrarium verius.*

Christi nomine inuocato.

IN proposita facti specie omnis difficultas in eo est posita, vtrũ mater ad secunda vota transiens amittat proprietatem bonorum quæ filius habuit ex successione aui. Omissis itaque superfluis pro D. Paula facere videtur quod tradit Bartol. *in auth. ex testamento. Cod. de secund. nup.* licet enim pro contraria parte allegari soleat, tamen hanc partẽ veriorẽ sentit secundum Gabrielium *libr. 3. comm. concl. titul. de secund. nup. concl. 3. numero 17.* quod ex illis verbis manifeste patet, quibus ad contraria respondens ait, nepotem ideo succedere, quia in locum patris sui succedit, & consequenter bona auita esse reseruanda filiis primi matrimonii: vti paterna, à matre ad secundas nuptias transeunte.

Secundo adfero tradita per Ruinum *consilio 58. libro 5. per totum.* vbi hanc sententiam amplexus esse videtur.

Tertio quod respondit Bertrand. *consilio 157. lib. 1.* Verum istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse arbitror, quæ Dn. Luffo maxime fauet nimirum matrem non esse priuandam proprietate huiusmodi bonorum quæ filii primi matrimonii habuerunt ab auo.

Moueor *ex §. hinc nos. versicul. si vero. in auth. de nup.* vbi dicitur. In residuis vero rebus quæ aliunde erant filio præter paternam successionem veniat secundum nostram vocationem. Et ita in terminis quod mater non priuetur proprietate bonorum quæ filius aliunde quam à matre habuit tradit Crauetta *in consilio 37. numero 2.* refert & sequitur Bursat. *cons. 12. num. 46.*

Et ratio est inquit Socinus iunior *cons. 71. numer. 11. lib. 2.* quia mulier priuatur proprietate propter iniuriam quam secundo nubendo facit primo viro, merito restringi debet hæc priuatio ad bona quæ fuerunt primi mariti. Idem dixit Berous *consilio 149. n. 6. libro 2.*

Eandem sententiam amplexus fuit Boerius *decis. 192. n. 5.* vbi dicit hanc esse com. opin. Viuius *com opin. ver. mulier ad secund. n.* & alii vt per Gabr. *com. concl. tit. de secund. nup. concl. 3. n 16.* Quibus sic stantib. non obstant contraria, ad primum respondeo Bartoli doctr. esse communem reprobatam, vt patet ex prædictis. Aliter etiam respondet Bero. *d. cons. 149. n. 8.*

Non obstat cons. Ruini, quia ibi agitur de bonis vxoris primæ, & sic agitur de priuatione bonorum eius qui fuit offensus ex secundis nuptiis.

Ad cons. Bertrandi respondeo eum niti fundamento non satis firmo, quod scilicet hæc priuatio fuerit inducta principaliter in fauorem filiorum primi matrimonii. Nam id nequaquam esse firmum patet ex Socin. iun. & aliis superius adductis.

Andreas Fachineus Foroliuii.

Sequor sententiam præd. Dn. Consultoris olim mei discipuli acutissimi, nũc autẽ vt filii amãtissimi. Cum. n. pro hac consultatione tot præclarę existant authoritates Beroi, Boerii, Viuii, & aliorum quos D. Consultor copiose adduxit, hæsitandum nõ est, præsertim cum materia sit pœnalis & priuatiua, quinimo & correctoria, quę extensionẽ non patitur, nisi in casu iure expresso, vt dicũt doct. *in l. mater. C. ad Tertull. in auth. ex testamento. C. de secund. nup.* & constat perspicue ex diffuse relatis per Boerium *decis. 187. per totum.* Quoniam igitur Dn. Consultor omnia pertinentia sufficienter pertractauit contentus sum hac simplici subscriptione.

Ioannes Cæphalus V. I. D. Ferrar. Primusq; iuris Cæsarei vespertini ordinarius interpres in celeberrima Patauina Academia, vt supra, subscripsi, ac in fidem etiam subsignaui, ad laudem & gloriam omnipotentis Dei.

Pro Illustr. & excell. I.C. & Com. D. Alexandro Rhaudensi Mediolanensi.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXII.

De immunitate ab onerib. realib. quam habent I. C. actu legentes vel aduocationis officio fungentes.

SVMMARIA.

1 *Aduocati sunt immunes ab oneribus personalibus.*
2 *Et etiam à realibus.*
3 *L. Medicos C. de Professo. & Medi. li. 10. vbi de Doct. legentib. quod sint immunes ab omnib. onerib.*

4 *Doctores*

4 *Doctores qui comitiuam adepti sunt dignitatem sunt immunes ab oneribus.*
5 *Comes efficitur doctor qui per 20. annos legit.*
6 *Doctorum, qui habent eminentem scientiam, priuilegia.*
7 *Intell. d. l. Medicos. C. de Professo. & Med. lib. 10.*
8 *Priuilegii causa cessante an cesset priuilegium.*
9 *De eodem.*
10 *De eodem.*
11 *Consuetudo contra ius non valet.*
12 *Consuetudo est stricti iuris, & debet probari secundũ circumstantias & qualitates actus de quo agitur.*

Iesu Christi saluatoris nostri auxilio inuocato.

QVÆRITVR an perillustr. & excellen. D. Alexan. Rhaudensis qui summo in loco & summa cum laude iam per octo annos in celeberrima Pisarum Academia ius ciuile docuit, quique antea Papiæ ordinariam sedem per duodecim annos in eadem facultate obtinuit, ac propterea honestissima munerum quiete donatus fuit, nunc summo cum honore dimissus atque Mediolani consistens, vbi consulendo ac de iure respondendo munus aduocationis excercebit, eadem immunitate realium & personalium munerum perfrui debeat, & breuiter agendo, quia veritas consistit in paucis, & res cognoscenda ac definienda est à præstantissimis iureconsultis, existimo eundem frui debere eadem immunitate: quam sententiam vbi comprobauero, tum omnibus quæ in contrarium obiici possunt respondebo.

Quod igitur eadem immunitate gaudere debeat. Moueor primo *ex l. sancimus. Cod. de aduo. diuer. iud* vbi Theodosius. *Nulla igitur togatis inspectio, nulla peræquatio ingeratur, nulla operis instructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur, nullum denique aliud eis mandetur præter arbitrium.* Et illum tex ad hoc notant ibi Bald.
1 & Saly. quod aduocati sunt † immunes ab oneribus personalibus.

Ego amplius noto ex illis verbis generalib. *nullum deniq; aliud &c.* excludi omne aliud onus etiam reale, sed tamen quia hoc non caret dubitatione, ideo secundo loco quoad immunitatẽ ab onerib. persona-
2 libus & † realibus adduco tex. *in l. fi. §. fi. ff. de mune. & hono. & in l. his onerib. §. Angariarũ. de vacatio. mune.* Dicitur enim *in d. §. fi.* Magistris, Grammaticis, Oratorib. Medicis & Philosophis à Principib datam esse immunitatem, ne hospitem recipiant Ergo idem competere dicendum est, iuris doctorib. & aduocatis qui veram Philosophiam profitentur *l. 1. de iust. & iu.* Et *in d. § Angariarum.* dicitur angariarum præstationem, & recipiendi hospitis necessitatem, & militib & liberalium artium professorib. inter cætera remissam esse; ergo & legum doctoribus, quia & ipsi profitentur artem liberalem, & notanda sunt illa verba, *inter cætera &c.* quasi sentiat I.C. non tantum remitti illud onus quod respicit hospitationem, sed etiam omne aliud illud tamen præcipue.

Ad idem & tertio adduco tex. *in l maximarum. C. de excusa mune. lib. 10. & in l. Archiatros. C. de Metallar. lib. 12. & in l. sed & reprobari. §. amplius. ibi, valde tamen disciplinis instructos. de excusa. tuto.*

Sed quarto loco adfero tex. quo nullus alius est in
3 proposito † clarior *in l. medicos. C. de professo & medi. lib. 10.* vbi inquit Imperator, Medicos, Grammaticos, & Professores alios literarum, & doctores legum, vna cum vxorib. & filiis, nec non & rebus quas in ciuitatibus suis possident esse immunes ab omni functione, & ab omnib munerib. vel ciuilib. vel publicis, vbi Glo. *in ver. mune.* hac sententiam secuta est, quod sint immunes ab onerib. patrimonialibus propter verba generalia, dum ait, *cum rebus* &c.

Et Bartol. ibi notat, dicens, nota quod doctores legum & aliarum scientiarum habent immunitatem etiam à munerib. patrimoniorum.

Quinto moueor, quoniam hæc est communis omniũ sententia, quod dispositio *d. l. medicos.* immunitatem tribuent doctorib locum habeat non solum in legũ doctorib qui actu legunt & publice profitentur. Verum etiam in his, qui actu non docent, quemadmodũ in aduocatis & causarum patronis, atq; ita crebriore calculo nostri doctores affirmarunt. Ancharan *clem. 1. de magistris. q. 2.* Cardin. *ibidem. q. 4.* Aretin. *cons. 94. in prin.* Felin. & Ioan. de Anania *in rub. de magistris.* Guido Papæ *q. 88. & q. 388.* vbi affirmat hic aliquando fuisse determinatum in consilio Delphinatus. Ripa *in l. 1. n. 132. sol. matr. in l. centurio. num 17. de vulg.* Cagnol. *in proœmio ff § nos vero. nu. 255* Natta *cons. 1. & cons. 65.* Rol. à Valle *cons. 66. nu. 36. lib. 1.* Menoch. qui istos refert & sequitur *de arbitr. iud. ca. u 389 nu. 3.* Addo Petrum Lenauder *in tract. de priuil. doct. in 2. par. § 7. & §. 38.* Tiraq. *de nobilitate. cap. 29. n. 15.* vbi adducit alios, quibus adde Ioseph. Ludo. *decis. 6. Lucensi. n. 5. part. 1. & c. 5. n. 3.*

Sexto moueor *ex leg. fin. Cod. de professo. & med libro 10.* vbi constitutum est, magistros literarum, & doctores qui † comitiuam adepti sunt dignitatem, immunes esse ab omnibus oneribus, idem habetur *in* 4
leg. eos qui. & ibi Gloss. in vers. præfuere. Cod. de excusa. muner. libro 10. & in leg. fin. C eod. vbi ab illustrib. personis sordida & extraordinaria onera remouentur,

Sed negari non potest, quin Excellentissimus D Alex. Rhaudensis, adeptus fuerit comitiuã dignitatem, & illustris sit & dici mereatur, cum propter alia multa, tum vero propter professionem ordinariam iuris ciuilis per annos 20. Octo siquidem annis docuit hic Pisis in primo loco, & duodecim annis in Academia Papiensi. Consequenter adeptus † est 5
comitiuam dignitatem & illustris est effectus *l. vnica. de professo. qui in vrbe Constantinop. lib. 12.* & hæc est communis doct. sententia Bar. *in proœm. ff. nu. 5. & in d. l. vnica.* Ias. *in l. 1. n. 12. de off. eius.* vbi testatur hanc esse cõmunẽ doct. sententiam, & ibidem Niger *n. 18.* Sapia *n. 5.* Curt. iun *nu. 12.* Petr. Calefatus *in tract. de equestri dignitat. n. 76. 77.* vbi refert Io. de Grassis Taurinensem doct cum publice professus esset viginti annos committi fecisse causam de iure, & declaratum fuisse comitẽ, idem late probat Vincen. Franc. *decis. 115.*

Neque vero dubitare oportet, quin concurrant in persona D. Alexandri Rhaudensis omnia, quæ requiruntur *in d. l. vn.* docẽdi peritia, facundia dicendi, interpretandi subtilitas, & copia disserendi, quia de his omnibus abunde constat, & testimonium perhibere potest tota Pisana & Papiensis Vniuersitas.

Et quod magis etiam rem perspicuam facit, testantur hæc libri doctissimi ab eo editi, in communem vtilitatem, videlicet tractatus ille & cõmentarius locupletissimus de analogis, quem sæpissime citare solent D. Menoch. Vincen Franc. Antonin Tessaurus, M. Ant. Peregrinus, & alii qui inter præcipuos iurisconsultos enumerantur.

Ex qua eminenti scientia primariam Pisis Cathedram adeptus est, honorifico stipendio, & ei per octo annos præfuit, adeo quod sacrilegii instar esset de eius eminenti scientia dubitare cũ pro tali fuerit à

Principe

Principe electus & approbatus, *l. disputare. C. de crim. sacrilegii.*

Hinc septimũ fundamentũ desumi potest, nam
6 Dd. habentes † scientiam eminentẽ, merentur facile dispensationem legum, Canonum & statutorum, inquit Petr. Lenaudenus *de priuil. Doctor. parte 2. §. 19. per tex. in l. sed & reprobari. §. amplius. de excu. tutor.*

Si enim mereatur dispensationem legum, Canonum, & statutorum: ergo merentur etiam dispensationem soluendi onera, quæ legibus & statutis sunt imposita, & sic tales leges & statuta nõ comprehendunt doctores eminentioris scientiæ & doctrinæ.

Quibus ita constitutis, restat vt breuiter argumẽta diluamus, quæ aduersus hanc nostram conclusionem obiici posse videntur.

7 Primum est, quod † *d. l. Medicos. C. de Professorib. & Med. lib.* 10. loquatur & locũ habeat tantũ in doctorib. qui actu docent, vt late disputando cõcludit Syluan *cons.* 88. *libr.* 1. & 10. Crot. *in cons.* 64. *lib.* 1.

Secundum est quod *d. l. Medicos* & eius immunitas non seruatur in statu Mediolani, vt testatur idem Syluan. *vbi supra. num.* 27.

Sed quod attinet ad primum, respondetur multis modis, & primo in contrarium se habere cõmunem doctorum sententiam, videlicet *d. l. Medicos.* locum habere etiam in doctorib. qui actu non legunt, sicuti patet ex authoritatibus supra allegatis. Ideo à cõmuni doctorum sententia non videtur esse recedendum, *secundum not. in c. ne innitaris. de constit.*

Secundo respondetur, dato, non tamen concesso, quod *d. l. Medicos.* quantum ad verba, loqueretur de doctorib. actu legentib. tamen per interpretationem extensiuam locum habere dicitur etiam in doctorib. qui actu non legunt, sed sunt aduocati, & iura probtentur, & reipub. vtiles sunt, prout sentiunt doctores allegati supra.

Tertio respondeo D. Alexandrum actu docuisse per 10. annos, vt supra dictum est, ideo licet nunc iuste de causa ob infirmitatem scilicet oculi, vel aliud iustum impedimentum, actu non legat, tamẽ non amittit priuilegium, quod iam fuit adeptus legen-
8 do, quia † cessante causa priuilegii non cessat priuilegium iam concessum, quia decet cõcessum à Principe beneficium esse mansurum *c. decet. de reg. iur. lib.* 6. *§ illud in authen. Constit. quæ per dignit.* vbi si filiusfamil. propter dignitatem sibi delatam factus fuerit sui iuris, etiam finita dignitate retinet hoc priuilegium, vt sit sui iuris.

Et si quis ob numerum liberorum à tutela fuit ex-
9 cusatus, durat † excusatio licet liberi moriantur, & sic cessat causa priuilegii *l. secundum. §. vlt. qui satisd. cog.* & ibi Iason late probat decrescente numero liberorum, non tolli priuilegiũ immunitatis iam concessum, propter liberos, & ista est cõmunis sententia, vt per Tiraquell. *tract. cessante causa lim. 6. num.* 10.

Et in specie nostra, quia priuilegium concessum est ob dignitatem lecturæ, dicendum est ea cessante non cessare priuilegium, quoniã illius dignitatis reliquiæ remanent in Dn. Alexandro, qui propter tot annorum professuram publicam consecutus est dignitatem Comitiuam, *vt supra dictum est.*

Et quod vbi manent reliquiæ pristinæ dignitatis nõ cesset priuilegium ob dignitatem concessum, est tex. *in l. vnius. §. seruus. de quæst. & in l. fin. de decurio.* vbi
10 qui desiit esse decurio † torqueri in memoriam pristinæ dignitatis non debet, *& in l. 1. & 2. ff. rerum amot.* & notat Dynus *in d. c. decet. n. 3. de reg. iur. in* 6.

Et de reliquiis pristinæ dignitatis quod sint considerandæ, latissime Cotta *in memorabilib. verbo, dignitas. verbo, potestas. & verbo, reliquiæ.* & quod priuilegia dignitatum durent, etiã finita dignitate, late Tiraq. *cessante causa. lim. 15. per totam.* Franc. *decis.* 403. *n.* 7.

Postremo respondeo quod etiamsi cessaret priuilegium *d. l. Medicos* quod negatur, tamen stante Comitiuæ dignitate quã D. Rhaudensis adeptus fuit per annos 20. docẽdo, nihilominus esset dignus immunitate.

Quod vero attinet ad alterum argumentum de consuetudine in contrarium.

Respondeo inprimis talem consuetudinem, posito quod subesset, nõ valere, nec posse iuri † positiuo 11
præiudiciũ generare, vt loquitur S. Pontifex *in c. vlt. de consuet.* & nõ vincere legem vt dicit tex. *in l. 2. C. quæ sit longa consuetudo.* quia est consuetudo irrationabilis, quod probo ex conclusione cõmuniter à doctorib. recepta, dum volunt doctores torqueri non posse, & consuetudinem contrariam non valere, quod enim asserunt de hoc priuilegio, potest etiam dici & affirmari de aliis priuilegiis doctorum, quia est eadem ratio. *l. illud. ad l. Aquil.* Quod autem dicta consuetudo non valeat, tanquam irrationabilis, tradit Clarus de cõmuni fine faciens *§. fin. q.* 64 *vers. quæro an doctor.*

Sed dato & non concesso, quod extaret huiusmodi consuetudo, & quod valeret, dico tamen cum nõ obstare D. Rhaudensi, nisi probetur quod talis consuetudo extet, vt non sint immunes doctores, qui actu docuerunt per 20 annos, & qui habeant omnes qualitates quas habet ipse D. Rhaudensis quia consuetudo † est probanda in eadem specie & cum eis- 12
dem qualitatibus. Consuetudo enim tantum habet potentiæ, quantum actus & non plus *l. 1. §. si quis hoc interdicto. & ibi. Bar. ff. de itin. actuq. priua.* & nõ extenditur de vna persona, casu, vel re ad aliam. Bald. *in l. fin. C. com. vtr. iudic. vel.* Natta *cons.* 46. *n.* 2. Crau. *cons.* 30. *n.* 9. Bell. *cons.* 42. *n.* 6. Neuiz. *cons.* 9. *n.* 32. Rol. *cons.* 94. *n.* 17. *l. b.* 2. D. Cæphal. *cons.* 338. *n.* 45. *decis. Pedem.* Osasc. 29 *n* 6 Hecius *cons.* 73. *num.* 14.

Et quod sit probanda in eadem specie, & concurrentib. eisdem qualitatib. de quibus in facto controuerso, voluit Oldrad. *cons.* 257. Ancharan *cons.* 339 *n.* 8. Curt. iun. *cons.* 26 *circa fi.* Bellon *cons.* 33. *n.* 7. Surd. *cons.* 74. *num.* 13. *& decis.* 131. *nu.* 8. 9. 10. *& seq.*

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro eodem.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXIII.

An & quando filius ingrediatur locum patris in fideicommissis.

SVMMARIA.

1 *Filius non ingreditur locum patris in fideicommissis.*
2 *Verba legis vniuersalia restringantur ad habiles.*
3 *Relatio personalis per quæ verba inducatur.*
4 *De eodem.*
5 *Filius non ingreditur locum patris, quando filii sunt nominati nomine proprio, nepotes autem collectiuo.*
6 *Substitutio superuiuentium importat secundum gradus prærogatiuam.*
7 *Filius non ingreditur locum prioris in substantiatione secundum gradus prærogatiuam.*
8 *Et quando dictum est superuiuentes & superuiuentium (filios.*
9 *De eodem.*

10 *Clausula, in stirpes & non in capita, quid importet in fideicommissu.*
11 *Nepos qui non est natus tempore testamenti, non admittitur cum patruo.*
12 *Fallit vt ibi.*
13 *Et quando testator in primo gradu magis dilexit filios, tunc nepos non concurrit cum patruo. (cessiuo.*
14 *Substituens aliquē & eius filios intelligitur ordine suc-*
15 *Nepos non concurrit cum patruo in fideicommissis, quādo grauatus non est ex ascendentibus.*
16 *Proximitas grauati attenditur, non grauantis.*
17 *Nepos non concurrit cum patruo in fideicōmisso parti-*
18 *In dubio iudicandū in fauorem rei & possessoris. (culari.*
19 *Iudicandum in dubio pro eo qui habet pro se sententiam.*

Christi nomine inuocato.

QVAMVIS optima ac iustissima causa perillustris D. ac inter omnes ætatis nostræ celeberrimi IC. Alex Rhaudens. per eius defensionē nullius opera indigeat, tum quia pro eo extāt respōsa Iason. Ruini, Crotii, Rubei, Menochii, & aliorum præstantiss. IC. secundum quæ etiam olim iudicatum fuit, tum quia ipsemet eruditiss. & copiosiss. responso ius suum satis superq; luculentū reddidit. Tamē & ego de subscriptione requisitus nonnulla attingam, vt & causa merita delibasse videar, & ne in re honestiss. officium præstantiss. viro ac D. meo colendo denegare videar.

Concurro igitur in sententiam clariss. virorū pro patruo contra nepotē, videlicet solū patruū in fideicōmisso, de quo agitur admittēdū esse ad successionē, exclusis nepotib. quibuscunque. Primo, quoniā veriorē & cōmuniorē esse puto Bald. sententiā, *in l.*
1 *cū ita §. in fideic. de leg. 2.* quod † in dispositione hominis & sic testatoris nepotes non admittantur cum patruo, quam testantur esse cōmunem, Iason *in l. auia. n. 11. C. de success. edict.* & ibi Dec. *n. 6.* idem Dec. *cons. 5. n. 7. & 408. in fin. & 412. n. 5. & 478. n. 11. & 480. n. 9. & seq.* Rub. *cons. 38.* Crot. *inter cons. Rubei cons. 39. n. 4* Grat. *cōs. 27. n. 20. lib. 1.* Ber. *cons. 94. per totum. lib. 2.* Rol. *cons. 38. n. 33. li. 4.* Port. *cons. 52. n. 2* Marz. *cons. 3.* & alii plures quos ipsi allegant, quib. addi potest Alba *cons. 60. n. 10.* vbi testatur hanc esse magis cōmunē Bel. *cons. 52. col. 2.* Decia. *cons. 1. n. 358. vol. 1.* Non. *cons. 34. n. 11.* nouissime plures alios adducens Peregrinus *in cons. 65. sub num. 28.*

Pro qua quidem sententia stat tex. *in d. l. cum ita. §. in fideic. de le. 2. & in l. peto. §. fratre. eod. tit.* Nam vtrobiq; deciditur in fideicōmissis successiuis omnes qui sunt eiusdem gradus, simul admitti: si vero sunt disparis gradus proximus quisque admittitur. Repræsentatio autem gradus quæ per legem inducitur, equidem in legali successione locum habet, quia lex ordinationes suas moderatur, & moderari solet, non autem hominum dispositiones & prouisiones, Gl. *in l. assiduis. C. qui potio. in pig. & in l. Celsus. de arb.* Nam ad prescriptum hominis seruantur, in sua verborum figura. Ideo conditio si sine filiis ab homine expressa etiam naturales includit. *l. ex facto. §. si quis rogatus. ad Treb.* Ea autem conditio à lege subintellecta, naturalis non continet *l. cum auus. de cond. & dem. iuncta l. generaliter. §. cum autem. de inst. & subst.* Item expressa illa conditio operatur conclusionē substituti per solam filii existentiam, quamuis non succedat patri grauato. *l. filiusfam. §. cum quis. de leg. 1.* secus autem in tacita conditione à lege subintellecta, nam filiorū existentia non succedentium patri grauato nō operatur exclusionē substituti, Alex. *in l. centurio. n. 60. de vulg.* Soc. sen. ibi *n. 16. & in d. l. cum auus. ante n. 66.* Ruin. *cons. 112 n. 5. libr. 3.* Itaq; dispositio hominis diuerso iure interpretatur à legis dispositione. Rursus verba etiam vniuersalia prolata à lege, restringantur † ad casus & ad personas habiles, secus autē est in dispositione hominis. Nam late accipiuntur, secundum sensum & sonum verborum, Ias. *in l. 1. §. nunciatio. n. 5. 6 de op. no. nunc.* ex quib. apparet quam infirmo nitatur fundamento opinio glo. *in d. § in fideic.* q filius ingrediatur locum patris in fideicōmissis, quia testator censetur se velle conformare cum dispositione legis, quæ ab intestato nepotem vocat, simul cum patruo. *iuxta §. cum filius. inst. de hered. ab intest.* quoniam in specie ista fideicōmissariæ successionis habemus iura aliter loquētium, nempè q proximior gradu sit admittendus. *vt in d. §. in fideic. & in d. § fratre.* & in dispositione hominis diuersa sit interpretatio à dispositione legis, vt iā dictū est. 2

Secundo, dato, q opinio glo. *in d §. in fideicommisso.* videlicet q etiā in fideicōmissis filius ingrediatur locum patris, verior & cōmunior esset, q negatur, tamen illa nequaq̄ habere locum potest, in hoc nostro casu, quoniam hęc sunt verba testatoris. Item *volo, statuo, & ordino, quod si aliquis vel aliqui ex d. Io. Andr. Alexan. Franc. Fab. & Philip. fratrib. filiis meis legitimis, &c. quandocunq; decederent vel decederet sine filiis legitimis: tunc & eo casu volo, quod alter vel alii superuiuens & superuiuentes, & eorum filii legitimi masculi succedat & succedant.* Ex his verbis apparet, filios inuicem substitutos fuisse, per verba importantia relationem personalē, sicuti sunt illa verba, *alter vel alii, superuiuens vel superuiuentes,* vt declarat † Menoc. *in cons. 200. n. 2. 3. 4.* & nouissime Surdus *in cons. 394. n. 4. lib. 3.* Vbicunq; vero testator restrinxit substitutionem fideicōmissariā ad filios nominatim expressos, & institutos per verba importantia relationem personalem, constat non admitti nepotem vna cum patruo, sed patruum illi esse præferendum. & non habet locum opinio Glo. *in dict. §. in fideic.* Alex. *cons. 176. n. 6. lib. 7.* Corn. *cons. 183. libr. 2.* Soc. iun. *cons. 133. n. 3. lib. 1. & cons. 14. 54. & 66. lib. 4.* Par. *cons. 37. n. 50. & 64 n. 30. lib. 2.* Rui. *cons. 29. & 181. lib. 1.* Curt. iun. *cons. 57. n. 6.* Port. *cons. 8. n. 8. 9.* Menoc. *d. cons. 209. n 3. & de præs. lib. 4. præs. 95. n. 28.* Peregr. *de fideic. art. 21. n. 28.* Alba *cons. fin. n. 19.* Rhaud. *tract. de analogiis. in appendice. part. 1. n. 168.* Decian. *cons. 47. n. 19. lib. 3.* Man. *de coniect. lib. 8. tit. 8 n. 8.* Sim. de Pręt. *lib. 3. col. 1. n. 15* Hōded. *cons. 64. n. 22. lib. 2.* Deinde ego perpendo quod filii heredes instituti fuerunt nominatim † nominib. propriis, quæ nomina propria in substitutione repetita intelliguntur per illa verba, *alter vel alii, superuiuens vel superuiuentes.* est enim idē ac si dictū fuisset à testatore, ego substituo, Io. And. Alex Franc. Fab. & Phili. vt patet ad sensum & tradit in hac facti specie Meno. *cons. 200. n 3. 4 5.* Peregr. *art. 21. n. 28. de fideic.* Surd. *cons. 394. n. 4. lib 3.* Filii vero ipsorum filiorū fuerunt vocati sub nomine collect. vt patet ex illis verb. *& eorū filii.* 3 4

Atqui est certissima doctorum sententia, q quando filii sunt † specialiter nominati & vocati, nepotes autem per nomen appellatiuum vel collectiuū, tunc non habet locum opinio Glo. *in d. §. in fideicomm.* sed quando per idem nomen collectiuū vocatur patruus & nepos. Alex. *in cons. 123. col. 1. li. 1.* Rui. qui octies sic respondit, vt patet *in cons. 101. n. 9. 10 & 11. li. 2. & 152. n. 2. li. 3. & 134. n. 23. li. 2. & 127. col. 1. & 2. & 163. n. 10. lib 3.* Dec. *cons. 1 col. vlt. vers. postremus.* & Dec. secutus Alci. *in l. iusta. de verb. sig.* Curt. iun *cons. 58. n. 3. & ibi col. 3. vers. cum igitur.* Soc. iun. *cons. 112. li. 3.* Bellon. *cons. 50. n. 4* Didac. *pract. q. ca. 38. vers. 7. hinc constat.* Portius *cons. 8. in 2. dub.* & apud eū Caspar Fabia. *cons. 54. n. 18. & 22.* Rol. à Val. *cons. 38. n. 25. li. 4.* Meno. *cōs. 124. n. 88. & 200 n. 12 & 269. n. 52.* & sic decisum legitur in Rota Auenion. vt 5

refert

refert Hieron. de Laurentiis *decis.* 37. *ad finem*. Peregrinus *cons.* 65. *num.* 23. qui istos citat, quib. addo eundem Peregrin. *de fideiuss. art* 21. *nu.* 23. *vers. secundo vt filii*. alios citat Petra *de fideicom. q.* 11. *n.* 24. 25. *& plu. seq.* addo Surdum *d. cons.* 394. *num* 3. 4. *lib.* 3. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 95. *num.* 23. quorum sententia clare probatur *in d. l. cum ita.* §. *in fideicom. de leg.* 2. *& in l. vlt. C. de verb. sig. & aliis in locis. de quibus per eos.*

Tertio iterum perpendo illa verba substitutionis, *alter vel alii superuiuens vel superuiuentes succedat*. Dum e-
6 nim testator substituit superuiuentem, habetur † ac si substituisset proximiorem, salua gradus prærogatiua. Dec. 299. *in fine*. Parisius *cons.* 37. *n.* 52. *lib.* 2. Curtius senior *cons.* 44. *num.* 10. Menoch. *cons.* 200. *nu.* 39. Hondedeus *cons.* 64. *n.* 18. *lib.* 2.

Sed quando fit substitutio salua gradus prærogatiua, filius non ingreditur locum patris, & cum pa-
7 truo † ad fideicommissum nõ admittitur, ex sententia Paul. Castr. *in auth. defuncto. n.* 3. *C. ad Tertull.* Dec. *cons.* 1. *num.* 8. *&* 408. *n.* 11. Curtius iun. *cons.* 154. *nu.* 9. Gozadin. *cons.* 4. *n.* 32. Paris. 37. *n.* 57. *&* 39. *n.* 9. *&* 40. *num.* 17. *lib.* 2. Ruin. *cons.* 167. *n.* 17. *lib.* 2. Socinus iunior *cons.* 20. *in fin. lib.* 3. Gram. *decis.* 1. *n.* 5. Couar. *pract. q.* 9. *c.* 38. *n.* 4. *vers. quarto vbi fideicommissum*. Crau *cons.* 67. *n.* 5. Mazar. *de fideic. part.* 2. *n.* 32. Bursat. *cons.* 170. *n.* 43. *lib.* 2. Nonius 34. *n.* 5. Pancirol. *cons.* 170. *nu.* 16. Menoch. *d. cons.* 200. *n.* 39. *&* 40. *lib.* 2. & 215. *n.* 138. *& cons.* 169. *n.* 51. *& de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt* 95. *n.* 20. Honded. *d. cons.* 64. *num.* 19. *lib.* 2.

Quarto iterum considero illa verba, quod *alter vel alii superuiuens vel superuiuentes, & eorum filii succedat, & succedant*. Ergo testator voluit moriente vno ex filiis heredibus cõstitutis, succedere alterũ superuiuentẽ,
8 vel alios superuiuentes & † eorũ filios. igitur nõ poterunt succedere filii præmortuorũ, ita argumẽtatur Soc. iun. *cons.* 112. *li.* 3. quia cum substitutio, inquit, nominet superuiuentes & eorum filios, necesse est, exponere eorum scilicet superuiuentium filios, & sic in talibus verbis non possunt comprehendi filii prædefunctorum, cum esse superstitem. & esse defunctum sint contraria, vt de se patet, ita Socin. iun. *vbi supra.* confirmari potest hæc ponderatio dictorum verborum ex trad. per Portium *cons.* 8. *n.* 32. & per Menoch. *d. cons.* 200. *n.* 32. 33.

Nec prædictis obstat quod respondet Corneus *cons.* 37. *n.* 3. *lib.* 1. quem refert & sequitur Parisius *cons.*
9 91. *n.* 31. *lib.* 2. D. Decian. *cons.* 55. *n.* 26 *lib.* 3. dũ illa † verba, *& superuiuentium filii*, interpretantur de filiis præmortuis.

Nam id ipsi responderunt propter clausulam in
10 stirpes & nõ † in capita, quæ indicabat vocatos fuisse nepotes ex filiis præmortuis, vti respondet Menoc. *d. cõs.* 200. *n* 38. vbi multis aliis modis respõdet. *& n.* 72. & fatetur Paris. *num.* 33. quod in casu suo vocati erant filii præmortuorum, non autem superuiuentium.

Quinto hæc omnia confirmantur, ex communi
11 doct. conclusione quod nepos, qui nõ est natus † tẽpore mortis testatoris, nõ potest admitti cum patruo tunc viuente, & ita accidit in casu nostro, quia viuebat patruus & nepotes non erant nati. Curt. iun. *cons.* 57. *& cons. seq. & cons.* 58. *n.* 5. *&* 6. Rub. *cons.* 36. *& aliis in cons. seq.* Paris. *cons.* 39. *n.* 15. *lib.* 2. Hipp. Rim. *cons.* 75. *n.* 38. Petra *de fideic. q.* 11. *n.* 115 *vers. vndecimus casus est*. præclare Hond. *d. cons.* 64. *n.* 25. *lib.* 2. Man. *de coniect. vlt. vol. lib.* 8. *tit.* 9. *n.* 11. Menoc. ad contraria respondens *d. cõs.* 200. *n.* 20. *cum plur. seq.* Et licet hæc coniectura videa-
12 tur esse dubia, quãdo testatoris † dispositio relata est ad aliquẽ incertum futurum euentũ, in quo nepotes esse possint saltem tempore euenientis conditionis, vt per Petram *vbi sup. n.* 116. & per Mantic *d. n.* 11. Menoc. *cons.* 124. *n.* 11. *& de præsu. lib.* 4. *præs.* 95. *n.* 17. Tamẽ cessat omnis dubitatiõ, quando nepos qui non erat natus vult cõcurrere cum patruo, aliaue persona nata, viuente testatore, vt bene deducit Curt. iun. *d cons.* 57. *n.* 12. *&* 58. *n.* 5. refert & sequitur Mant. *vbi sup. n.* 1. & Hond. *d. cons.* 64. *n.* 15. *lib.* 2. quia nepos non natus tẽpore mortis testatoris, non admittitur ad fideicommissum conditionale, vna cum persona nata viuo testatore & magis dilecta: quam distinctionẽ ait sequi Zanch. *in l. heredes mei.* §. *cum ita. n.* 81. *ad Treb.* Crot. *in l. filius.* §. *diui n.* 164 *de leg.* 1. Rhaud. *de analogis in appẽdice Parat n.* 166. *& cum eo concordare* Soc. iun. *cons.* 172. *n.* 28. *& n.* 33. *ib.* 2.

Sexto considero, quod quãdo testator † in primo 13
gradu institutionis magis dilexit filios quã nepotes, si posteã substituit in hæc verba, eosq; & eorum filios inuicem substituo, dicendum est, quod sicuti magis dilexit filios instituendo, ita etiam magis videatur dilexisse substituendo ita vt vno eorũ mortuo, alter frater potius admittatur, tanquã magis dilectus, quã nepotes, qui fuerunt minus dilecti, ita post Curt. iun. & Ruin ab eo citatos declarat Mant. *lib.* 8. *tit.* 9. *n.* 7. Gab. *com. concl. tit. de fideic. concl.* 3. *n.* 14. Et hic est casus noster præcise, vt patet ex ipsa facti specie, ergo nepos non debet admitti simul cum patruo.

Septimo hæc sententia cõfirmari potest ex alia cõmuni Dd conclusione, quod quando testator substi-
tuit aliquẽ & † eius filios, qui nondum erant nati, nec 14
cõcepti, præsumunt illi vocati ordine successiuo. Soc. iun. *cons.* 40. *n.* 2. *lib.* 4. Io. Bapt. à S. Seuer. *inter cons. Alex. cons.* 14. *n* 10. *vers. quinta conclusio. lib.* 4. Iason *cons.* 206. *n.* 2 *lib.* 2. Dec. *cons.* 205. *n.* 1 *&* 253. *in fin.* Rub. *in l. Gallus.* §. *quidam recte. n.* 55. *in fin.* Menoc. hos citans *de præs. lib.* 4. *præsum.* 70. *n.* 22. Mant. *de coniect. lib.* 4. *tit.* 8. *n.* 27.

Octauo hæc sententia pro patruo cõfirmari potest ex eo, quod nepos nõ concurrit cum patruo in fidei-
cõmisso etiã † ab ascẽdente relicto, quãdo grauatus 15
nõ est ex ascendentib. eorũ quib. restitui debet fideicõmissum prout in casu nostro contingit Ruin. *cons.* 134. *n.* 22. *lib.* 2. Rub. *cons.* 36 Crot. *inter cons. eiusdem cons.* 39. Soc. iu. *cons.* 126. *n.* 22. *lib.* 1. *&* 140. *n.* 11. *lib.* 3. Petra *de fideic. q.* 11. *n.* 44 *in* 2 *casu, vbi plures alios citat*. Ratio est, quia hodie videtur obtinuisse in curiis plerisq; eam opinionẽ, quod attendatur proximitas grauati quã ꝓbarunt Bal. Ang. Castr. Socin. Cor. Bal. Nou. Alexa. Caccial. Iason. Gozad. Bertr. Rub. quos omnes citat Tiraq. *de retr. consang.* §. 21. *gl.* 1. *n.* 20. *vers. qui autẽ supra*. Alc. *cons.* 480. *n.* 12. vbi ait receptissimã esse apud modernos, Ber. *cons.* 65. *n.* 92 *lib.* 1. *& cons.* 80. *n.* 12. *&* 126 *n.* 56 *lib.* 2. Rol *cons.* 100 *lib.* 1. vbi late defendit Natta *cõs.* 674. *n.* 12. Ceph. *cons.* 45. *n.* 20. 46 *n.* 4. *&* 22 313. *per totũ.* Vasq. *de success. creat. lib.* 3. §. 27. *lim.* 31. *n.* 3 Port. *cons.* 121. 122. 123 Cell. Vgo *cons.* 1. *n.* 9. *&* 120. *n.* 22. Clar. §. *testamentum. q.* 76 *n.* 14 *vers. sed hic occurrit* vbi post Soc. iun. numerat 56 authores. Zanc. §. *cum ita. n.* 3. 4 Marz. late *cons.* 1. Burs. *cons.* 1. *n* 24. *&* 300. *n.* 34. Bertaz. *cons.* 98. *n.* 27. *lib* 1 Menoc. *in cons. pro Triuultiis n.* 311. *& in eadẽ causa coll. g Papien. n.* 36. Pasetus. *cõs.* 41. *n.* 5 Purpur. *cons.* 422. *per totum* Decian. *cons.* 14. *lib* 5 Peregr. *de fideic. art.* 20. *n.* 2. *vers. contrarium*. Surd. *cons.* 370. *n.* 10 *lib.* 3. Peregr. *cons.* 50 *per totum*. Et licet Menoch. nouissime *in cons.* 904. *libr. nono* referat pro contraria opinione 41. Doctores, tamen hæc quam supra retulimus quod sit attẽ-
denda † proximitas grauati, est cõmunior & omnino 16
sequenda, cum extẽt pro ea decisiones Rotæ Florentinæ, vt per Marz. *in epitome de fideic. q* 35 & Rotæ Romanæ

manæ *decis.72. in prima parte. in nouissimis*, quæ dicit ita alias iudicatum. Cuius quidē Rotæ Rom. authoritas in tam excelso loco posita est, vt nefas quodāmodo videatur ab eius opinione recedere, vt dicebat Ludo Genens. *in proœm. reg. Cancell.* Vantius, *tit. de nulli. ex def. iurisd. deleg. n.*20. Menoch. *de præs. lib.2. præs.71. n.*13.

Hac enim opinione stante, sequitur non esse locū repræsentationi, quia filius tum ingreditur locum patris, in fideicommissis, quoties agitur de successione transuersalium & collateralium, vt per D. Mantic. *lib.7. tit.8. nu.*4. Menoch. *de præsump. lib.4 præs.95. n.*16 Gab. *tit. de fideic. concl.3. n.*19. Petra & alii supra allegati. Nono, His accedit quod hic non agitur de fideicōmisso vniuersali sed particulari, hoc est, in certis rebus Burgheti, quo casu nepos non concurrit cū patruo, & sic filius nō ingreditur locū patris Guli. de Bened *in c. Raynucius. rub. de success. ab intest. vers. & vxorē. §.1. n.60. de testa.* Gamma. *decis. Lusit.174. n.14.15.* Vala. *de iure emphyt. q.50. n.6. in fine.*

Vltimo negari nō potest, quin res sit aut clara pro Illustr. & excell. D. meo, aut saltem dubia. In dubio autem pro ipso est pronunciandum. Primo † quia est
18 reus conuentus, ad cuius fauorem in dubio est pronunciandum. *c. vlt. de sen. & re iudic. l. Arrianus. de act. & obl.* Bald. *in rub. de controuer. feud. prope finem.* vbi propter conflictum præsumptionum reus absoluitur, etiam in materia fauorabili, Dec. *in c. in præsentia. n.21. de prob. & in cons.321. n.10.* Cæphal. *cons.658 n.35.*

Secundo quia est possessor, in dubio. n. pro possessore est pronunciandum, *c. ex literis. de probat. c. ne à sede. de prob. in 6. §. commodum Inst. de interd. l.1. §. ne autem. de bonor. possess. tex. insignis in l. si debitor.* & ibi Ripa *de pignor.* Cæphal. *vbi supra n.*33.

19 Tertio quia extat res iudicata † in fauorem patrui contra nepotem, quæ etiam inter alias personas facit magnam præsumptionem, *l. si duo patrui. & ibi* Iason *in 1. col. de iureiu.* Ripa *in l.2. n.36. C. de edic.* Crau. *de anti. temp. in 3. particul.1. part. n.*19. Tiraq. *in tract. res inter alios acta. lim.*19. Menoch. *de præsumpt. lib.2. præs.62. n.6.*

His subscribendum esse censui, doctissimis excellentissimorum virorum Responsis.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Ciue Pisano.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXIV.

Agitur de patre qui consensit filii matrimonio & receptioni dotis: quod eius bona sint pro dote obligata. Et de Pisano statuto super eodem.

SVMMARIA.

1 *Pater consentiens matrimonio filii quando se obligare videatur pro restitutione dotis.*
2 *Nec sufficit consentire confessioni de recepta dote.*
3 *Præsens dicitur consentire quādo potest actum impedire.*
4 *Consentiens in vno dicitur in omnib. consentire quæ sunt consecutiua illius.*
5 *Patris consensus qualis sufficiat matrimonio filii, ac receptioni dotis, vt obligetur ad restitutionem.*
6 *Cōsensus requisitus ad actū, & authoritas qualiter differant.*
7 *Statutum Pisanum quod patris bona sint obligata pro restitutione dotis filii perpenditur.*
8 *Dotis restitutio fieri debet secundum formā statutorum quæ sunt in domicilio viri, non autem vxoris.*
9 *Casus omissus habetur pro omisso.*
10 *Confes. receptionis dotis post tēpus elapsum opponēdi exceptionē nō numeratæ dotis idē operatur quod vera numeratio.*

Facti species.

PRoponitur in facto Leonardum filiū Alexandri de Cintuletis ciuis Pisani, contraxisse matrimonium Liburni cum consensu patris sui, & dotis partē confessum fuisse eodē patre præsente, & consentiente, accepisse, & aliam partē sibi soli stipulatam fuisse, promissionem dotis factam fuisse, secundum formam statutorum Florentiæ, & similiter ipsum Leonardum donationem propter nuptias eidē vxori suæ cōstituisse, secundū formam eorundem statutorum Florentiæ, sicut hæc omnia patent esse vera ex instrumento promissionis dotis, confecto inter dictas partes. Circa vero dotis restitutionē in casu eueniente ipsius restitutionis fiendæ, nulla legitur facta inter partes conuentio, nullaq; stipulatio aut contractus. Præfatus Leonardus residuū dotis accepit patre absente, vt de receptione constat per publicum instrumentum. Euenit nunc casus restitutionis dotis, & pro restitutione dotis, heredes gerunt d. mulieris hypothecaria, contra bona d. Alexandri, tanquā sibi obligata pro restitutione dotis, attento eiusdem cōsensu præstito matrimonio per filium suum contracto & consensu eiusdem adhibito tam dictæ confessioni de recepta dotis parte, quam stipulationi interpositæ in eodem instrumento, in fauorem filii stipulantis sibi aliam d. dotis partem solui. Quæritur an recte egerint & obtinere debeant.

Christi nomine inuocato.

VIdebatur prima fronte agi nequaquam potuisse hypothecaria actione, cōtra bona patris tanquā obligata pro restitutione dotis prædictæ. Quia nulla legitur obligatio patris vel bonorum eius pro restitutione dictæ dotis, & licet quando pater consensit matrimonio filii, videatur se obligare pro eius restitutione, & ad hoc etiā eiusdē patris bona censeantur tacite † obligata, tamē duo copulatiua requiruntur, 1
primo vt pater cōsentiat matrimonio, secundo vt cōsentiat receptioni dotis, vt probatur *in l. si cum dotē. §. trāsgrediamur. sol. matr. & in l. si filiosam. eod. tit.* & tradit Neguzan. *de pign. 4. memb. 2. part. n.*36. Curt. iun. *in cons.133. n.6.* Franc. Milan. *decis.19. in prima parte.* vbi dicit, non sufficere simplicē consensum patris sed iustum requiri, sicut habetur *in d. §. transgrediamur. & in d. l. si filiosa.* Sed in proposita facti specie licet pater cōsenserit matrimonio, nō tamē cōsensit receptioni dotis, igitur eius bona obligata esse nō videntur pro restitutione dotis. Quod autem non consenserit receptioni dotis, patere videtur ex eo, quod nullibi apparet de solutione dotis facta filio iussu patris vel eius voluntate & consensu. Et illa confessio de recepta quantitate scutorum sexaginta de qua fit mentio in instrumento, licet facta fuerit patre præsente & consentiēte nō videtur tamē suffragari quia aliud est cōsentire dotis receptioni, aliud † est consentire con- 2
fessioni de recepta dote, vt in puncto tradit Milanēsis *vbi supra n.*34. Et omni in casu iste consensus non deberet extendi vltra quantitatem sexaginta aureorum, & ideo in reliqua summa filio soluta absente atq; inscio patre non videretur posse cōsiderari vllam patris obligationem vel bonorum ipsius pro dicta restitutione dotis. Sed istis non obstantibus contrariam sententiam, re magis perpensa, amplexus fui, nimirum, patris bona esse obligata pro restitutione totius dotis, in præsenti facti specie. Et hoc duplici ex capite. Primo ex iure communi. Secundo vigore statuti Pisani, quod ostendam esse obseruandum in casu nostro, circa dotis restitutionem.

Quod

Quod attinet ad ius cõmune, sic ostenditur. præmittendo id, quod in facto verissimum est, videlicet patrem fuisse præsentem promissioni dotis, & consensum præbuisse non solum respectu partis dotis quam filius fassus fuit se recepisse, verum etiam respectu partis non solutæ quam sibi solui filius stipulatus fuit.

Hęc etenim sunt verba instrumenti. Et cum dicto consensu (scilicet Alexandri patris) ad interrogationem dicti Matthæi præsentis & consentientis fuit confessus in veritate, & publice dixit, habuisse & habere scutos 60. pro parte dotis prædictæ, renunciando exceptioni, &c. *de quibus, &c. & inde eam, &c. & propterea promisit facta sibi solutione residui dotis cõfitebitur, &c.*

Ex his verbis apparet patrem cõsensisse primo ipsi matrimonio, secundo vt dos filio promitteretur & solueretur, tertio vt filius confiteretur se recepisse dictos aureos 60.

3 Nam qui est præsens † & tacens, dicitur consentire, quando contradicere poterat & actum impedire, latissime Mascardus infinitos citans *vol. 1. concl. 1553. in princ.* quod procedit etiam in præiudicialib fauore pupilli, piæ causæ, fisci, vt per Mascard. *ibi n. 32. cum plurib. seq.* & consequenter etiam fauore dotis, quia valet argumẽtũ de his ad dotẽ. vt per Euerard. *in centuria legali, loc. de fisco ad dotẽ: & in loco à dote ad piã causam.*

4 Et qui consentit in vno, dicitur consentire † in omnibus quæ sunt consecutiua illius actus. Surdus *decis. 62. num. 15.* vbi loquitur in patre, consentiente matrimonio filii, & dicit quod videtur consentire in consequentiam receptioni & restitutioni dotis. & *num. 35.* scribit patrem eo ipso quod consensit matrimonio filii, censeri se obligasse ad restitutionem dotis, & dicit sane esse communes citans authoritates doctorum. Poterat autem pater contradicere, & velle, quod sibi dos solueretur vt per Neguzan. *de pigno. 4. memb. 2 partis num. 36.* ergo videtur consentire vt filius recipiat. Sed in casu nostro quod pater consenserit filio in iis omnibus quæ supra dicta sunt, constat ex publico instrumento, vbi patet de cõsensu patris expresso dotem fuisse constitutam & permissam filio, & ipsum filium confessum fuisse se recepisse 60. aureos. Itaq; non est eundum per coniecturas & præsumptiones, sed res est certa & clara.

Hoc igitur ita stante in facto, quod pater ita consenserit, videndum est, quomodo sit intelligendum id, quod habetur *in d. §. transgrediamur.* dum dicitur tex. patrem teneri si filius dotem acceperit eius iussu. Dicitur igitur ad hoc sufficere patris consensum, & voluntatem, vt probatur *in l. 1 ff. quod iussu.* vbi datur actio quod iussu, ex eo, quod filius fecit cum patris

5 consensu, nam dicitur ibi sufficere † ratificationem patris vel subscriptionem, & quod sufficiat voluntas & consensus patris est tex. *in l. si ret. §. quod si seruus ff. de in rem verso.* imo sufficere permissum probat tex. *in l. si seruus. C. quod cum eo.* Et ita illum text. *in d. §. transgrediamur.* dum loquitur de iussu patris quod sufficiat patris voluntas & consensus, exponit ibi Dynus & Bald. Specul. *tit. de donatio. inter vir. & vxor. §. formatis. vers. quid si filius.* vbi expresse ait quod si filiusfam. dotem receperit de voluntate & parabola patris, tunc bona patris sunt pro restitutione dotis obligata, Corneus qui dicit esse communem opinionem, & ideo non esse ab ea in iudiciis recedendũ *in cons. 256. n. 5. 6. lib. 1.* Idem voluit Bart. *in d. §. transgrediamur n. 7.* dum ait, quod pater simpliciter consentiendo vt filius recipiat dotem, dicitur se & sua bona obligare. Alex. *ibi n. 6.* Campeg. *de dote part. 3. quæst. 168.* Bald. nouell. *in 6 part. priuil. 7. in princ.* Cacheranus *decis. 43. n. 8.* D. Decian. *cons. 49. num. 27. lib. 2.* Cum igitur pater expresse consenserit matrimonio filii, & confessioni de recepta parte dotis, & ipsius dotis constitutioni & promissioni factæ filio, hoc est, de soluenda ipsa dote filio, videtur consensisse vt filius dotem reciperet, & consequenter, se & sua bona obligasse videtur pro restitutione dotis. Namq; est bene aduertendũ, quod nõ est necesse, quod in actu numerationis & solutionis seu receptionis dotis, pater sit præsens & consentiat ipsi filio tunc recipienti in illo temporis momento, quo filius dotem recipit, sed satis est, quod filius recipiat dotem cum consensu & voluntate patris, & sic satis est, quod præcedat patris consensus, vel etiam subsequatur. Quæ quidem voluntas & cõsensus procul dubio interuenisse dicitur in præsenti casu, quoniam pater fuit præsens instrumento dotis, & cõsensit, vt filio dos solueretur, & quod filius partem receptam fateretur se accepisse. Poterat enim pater recusare, & dicere, se velle dotem accipere, & ideo si filius patre inscio dotem accipiat, pater ipse non tenetur. Sed hic pater iam sciuit & consensit, quod filio solueretur, vt patet ex instrumento dotis, ergo non potest negari quin filius dotem receperit cum consensu & voluntate patris. Et sic præcessit in casu nostro voluntas & consensus patris, seu parabola, vt loquitur Speculator quod sufficit, quia hęc solet esse 6
differentia inter authoritatem ad † actum requisitã, & consensum, quod authoritas debet in ipso actu interuenire, consensus vero ante & post actum sufficit, vt post omnes declarat Tiraquel. *de leg. connub. Glo. 6. n. 1. & 2.* vbi citat iura apertissima & doctores. Et hoc est primum caput ex iure communi, cuius vigore patris bona pro restitutione dotis, in præsenti casu obligata sunt. Secundo & ex alio capite dico patris bona esse obligata pro restitutione dotis, videlicet 7
ex † dispositione statuti Pisani, de quo statuto facit mentionem Socin. senior *in cons. 269. lib. 2.* Sic enim dispositum est statuto Pisano *sub rub. vt pater & eius bona sint obligata pro restitutione dotis.* Si matrimonio filii consenserit sicut apertissime in eodem statuto legitur, & sic non requirit statutum, vt pater recipiat dotem, vel consentiat filio eam recipienti, sed satis est si consentiat matrimonio filii. Ergo cum absq; omni controuersia pater in casu proposito consenserit matrimonio filii, vt patet ex publico instrumento, res videtur decisa ex statuto, quod dicitur ius commune & seruandum est in loco in quo viget. *l. omnes populi. de iust. & iure.* Vna superest difficultas an illud statutum Pisanum locum habeat in casu nostro, & dico 8
breuiter locum habere, ex eo quod maritus est ciuis Pisanus, licet enim dotis contractus fuerit alibi celebratus, & sic in loco domicilii vxoris, tamen debet 9
attendi statutum circa dotis restitutionẽ, quod † est in loco viri, Cagnol. *in l. exigere dotem n. 3. de iud. & n. 4. 5. 6.* vbi dicit speciale esse in dote, vt circa eius restitutionem & exactionẽ nõ attendatur statutum loci contractus, sed statutum loci ipsius viri, licet mulier illud ignorauerit, & ibi citat doctores Rolan. à Valle *de lucro dotis. quæst. 13. numer. 3.* vbi dicit hanc esse veriorem & magis receptam doctorum sententiam, & rationem affert, quia inquit, quando maritus contrahit matrimonium extra propriam ciuitatem, dicitur contrahere tanquam aduena, & adfert effectum restitutionis dotis ad locum propriæ ciuitatis, ad quam mulier est itura, *iuxta tex. in d. l. exigere. de iud.* vnde sicut contrahens, qui destinauit solutionem in alio loco, debet conueniri in loco destinatæ solutionis,

tionis, ita pariter dicendum est in marito, qui destinauit solutionem dotis in loco proprii domicilii, vt seruari debeat statutum illius loci, quando tractatur de restitutione dotis, & dicit Soc. iun. *cons.* 14. *per totum lib.* 1. quod esset hæreticum ab hac opinione recedere, præsertim in iudicando, & idem Rolan *quæstion. seq. &c.* eandem sententiam confirmat eam ampliando vt per eum. Cum igitur statutum Pisanũ sic disponat, vt res agatur hic Pisis, videtur omnino concludendum, attendi debere statutũ Pisanum circa dotis restitutionem, & consequenter quod bona patris sint pro restitutione dotis obligata. Nõ obstat quod in instrumento dotis bis partes se remisetint ad statutum ciuitatis Florentiæ, quia in duobus tantum casibus factũ hoc est, primo in promissione dotis, quia pater vxoris promisit dotẽ scutorum 200. ad rationem librarum septem pro quolibet scutorũ, secundum formam statutorum ciuitatis Florentiæ. Secundo in donatione propter nuptias. Nam Leonardus vir, fecit donationem propter nuptias secundum formam statutorum Florentiæ. Si igitur aliqua oriretur difficultas inter partes, circa donationẽ propter nuptias, vel circa dotis promissionẽ, fateor recurrendum esse ad statuta ciuitatis Florentiæ, sed hic oritur difficultas super restitutione dotis, qui ca-
9 sus † restiturionis dotis omissus fuit à cõttahentibus, & consequenter debet haberi pro omisso. *l. quicquid astringendæ de verb. oblig. l. si extraneus de cond ob caus. l si cum do:em in princ. sol. matr.* qui loquitur in contractu dotis, imo inclusio vnius casus, est alterius exclusio. Surd. *cons.* 452. *n.* 12. *lib.* 3. Quamobrem ad ius commune recurrendum est, quo disponitur, vt in casu isto standum sit statutó loci viri, *per supra dicta.* quibus sic stantibus non obstant ea, quæ supra in contrariũ allata fuere. Nam respondeo in præsenti casu, duo illa requisita concurrere. Primum, quod pater matrimonio consenserit, alterum, quod consenserit receptioni dotis: quia ex instrumento desuper confecto apparet expresse, quod pater fuit præsens & consensit matrimonio filii, & quod ipse filius dotem se accepisse fassus fuerit, respectu summæ 60. aureorũ, respectu vero residui, vt solutio fieret ipsi filio. Et consequentet non clam nec inscio patre filius hæc tractauit, & dotem exegit, sed permittente & consentiente patre, qui potuisset recusare, & velle, vt dos sibi solueretur, quod tamen non fecit. Et respectu dictæ confessionis, de receptis 60. aureis, cum lapsa sint tempora opponendi exceptionem non nume-
10 ratæ dotis, talis confessio † idem operatur quod vera & actualis numeratio pecuniæ, adeo vt nihil opponi possit, nec ẽt à creditorib. vel quouis alio tertio qui interesse aliquod prætendat sicut late de com. Rol. à Valle *cons.* 20 *n.* 14 *lib.* 4. Præterea adest statutũ Pisanum hoc in casu attendendum, *vt supra probatum est.* quo disponitur patris bona esse obligata pro dotis restitutione si matrimonio filii consenserit, & sic cessat omnis dubitatio. Et ita iuris esse existimo saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Nobilibus Genuensibus.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXV.

De legitimatione inualida: de testamento filii non legitimi sed legitimati an valeat, secundum statuta Genuæ & in vim donationis inter viuos, ob clausulam codicillarem. Et quando pater dicatur filio suo remittere vsumfructum bonorum aduentitiorum.

SVMMARIA.

1 *Patria potestas oritur ex iustis nuptiis.*
2 *Patria potestas oritur etiam ex legitimatione filii.*
3 *Filiusfam nec testari nec codicillari potest.*
4 *Nec causa mortis donare absq; consensu patris.*
5 *Testamentũ est publici iuris, ideo eius forma mutari non potest.*
6 *Coniecturæ cessant vbi expressa apparet declaratio.*
7 *Matrimonium non liberat filium à patria potestate.*
8 *Testamentũ vt valeat testator debet esse cert⁹ de statu suo.*
9 *Ratificatio testamenti qualiter inducatur.*
10 *Approbatum semel, amplius reprobari non potest.*
11 *Legitimatio filii non valet nisi eo consentiente.*
12 *Filius liberatus patria potestate, testari potest.*
13 *Legitimatio quæ non dicatur sed potius dispensatio.*
14 *Pater dicitur remittere filio vsumfructum bonorum aduentitiorum, si permittat eum separatim viuere.*
15 *Filius potest inter viuos donare bona in quibus pater non habet vsumfructum.*
16 *Clausula, omni meliori modo, facit vt testamentum valeat in vim donationis inter viuos.*

Iesu Christi redemptoris auxilio implorato.

QVÆRITVR an testamentũ valeat D. Pet. Luysii filii naturalis Mag. D Io. Georg. Paxerii, nobilis Genuensis, à Serenissima republ. Genuensi legitimati, anno 1592. ad instantiam dicti eius patris Et visa dicta legitimatione ac testamento nec nõ visis statutis Seren. Reip. Genuensis, & omnibus scripturis mihi transmissis diligenter consideratis, videbatur prima fronte nõ valere: quia licet D. Petrus Luysius naturalis esset, & per consequens non esset in potestate patris, quia patria potestas oritur ex † iustis nu- 1
ptiis, *inst. de patria potest. in prin. l. filium definimus. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* Menoch. *de præsump. lib.* 6. *præsump.* 55 *n.* 13. Tamen propter legitimationem factam à Serenissima repub. Genuensi, factus fuit legitimus, ac restitutus ad primæuum naturæ statum, sicut legitur in ipsa legitimatione. Ex quo sequitur fuisse sub patris potestate Nã p legitimationẽ † patria potestas 2
inducitur *§. si inst. de nup. toto tit. in auth. quib. mod natur. eff. legi & §. generaliter in auth. quib. mod nat eff. sui.* Ascan. Clemens *de patria potestate c.* 5. *nu.* 46. Filius autem in potestate patris existens, nec testari † nec codicillari 3
potest *l. qui in potestate. de testam.* quam regulam multis modis ampliant doctores, vt per Crassum *§. testamentum. q.* 23. & per Clarum *§. testam. q* 18. Nec donare potest † causa mortis sine cõsensu patris, etiam bona 4
aduentitia, quæ ad ipsum spectant pleno iure secundum cõmuniorem sententiam, de qua per Clarum *in § donatio. q.* 6. *vers. aut vero.* & per Crassum *§. donatio. q.* 5. *vers. sed contrariam.*

Et cum testamentum † sit publici iuris, eius for- 5
ma priuatorum consensu mutari non potest. *leg.* 3 *de testa* & ideo dicebat Socin iun. *cons.* 3. *nu.* 5. & 7. *lib.* 4. approbationem testamenti quod erat de se nullum non valere, nec illud sustinere late Surdus *decis.* 53 *nu.* 12. *cum seqq.* Nec videbatur posse testamentum hoc subsistere vigore statuti Genuensis *libr.* 5. *rub. de testamentis.* quatenus disponit filiumfa posse condere testamentũ patre volente, vel ratum habente siue tempore testamenti, siue ante, siue post.

Quia subdit statutũ, declarato quod si pater non

reuoca-

reuocauerit testamentum filii intra mensem vnum
à die habitæ notitię, de testamento post mortem filii
intelligatur consensisse. Quia pater iste Mag. D. Io.
Georg. intra mensem illud publice reuocauit. Et hac
expressa reprobatione dicti testamenti stante, non
videbatur esse locus coniecturis, ex quib. tacite vide-
6 retur illud approbasse, quia tacita † coniectura cessat
vbi apparet expressa declaratio. Bart. *in l. procurator. la*
2. §. an 1 a pp. ff. rem rat. hab. Nat. *cons. 101. n. 12.* Alc. *de præ-*
sump. reg. 2 præsump 7. Menoc. *de præsump. lib. 3. præsump.*
85. n. 42. Nec dici posse videbatur filium hunc, quia
vxorem duxit liberatum esse patria potestate, &
7 propterea potuisse testari, † quia matrimonium filii
vel filię non liberat à patria potestate *l. filia licet. l. vt li-*
beri. C. de collatio. l. dos à patre. C. sol. matr. Vasq. *de successo.*
progressu lib. 1. §. 1. n. 35. Asca. Clemens *de patria potest. c. 2.*
effectu. sub n. 34. vers. amplia quarto. Nec ex eo, quod iste
testator gessisset se pro patrefam. habitando seorsim
à patre, & omnia gerendo tanquã solutus patria po-
testate, propterea testari potuit, quia vt testamentum
8 valeat, certus † esse debet testator de statu suo, nec
sufficit eum haberi pro emancipato, vt valeat testa-
mentum Alex *in l 1. in vlt. vot. C. de testam.* Cagnol. *in l.*
si emancipata. n. 85. & ibid. Hippol. Rim. *n. 114.* Mascar.
de probatio. vol. 2. concl. 596. in fi. & est communissima, vt
testatur Vasq. *de success. progressu. lib. 1 §. 1. nu. 2.* Quibus
non obstantib. contrariã sententiam re mature ac di-
ligenter perpensa iuri magis consonam existimaui,
& amplexus sum videlicet testamentum de quo a-
gitur valere. Moueor in primis ex statuto Genuæ *rub.*
de testam. li. 5. vbi sancitum est, valere testamentum fi-
liifam. patre consentiente, ante vel post ratificante,
sicut expresse legitur in d. statuto *vers. filii & filiæ.* Hoc
enim statuto sic stante infertur testamẽtum, quo de
agitur, valere, quia pater illud ratũ habuit postquam
fuit factum. Quod autem pater illud ratum habuerit
patet ex eo, ꝙ cum ipse pater in eodem testamento
tutor & curator filiorum dicti testatoris constitutus
esset, vna cum aliis duob. nec non executor d. testa-
menti, ipse pater tutelã & curam, & officium execu-
tionis dicti testamenti acceptauit, faciendo actus
tutorios & curatorios, vna cum aliis, sicut patet ex
instrumento mihi exhibito, & ex literis etiam trans-
missis. ex his. n. actibus ratificatio inducitur d. testa-
menti & contentorũ in eo, quia ratificatio non tantũ
verbis, sed ẽt factis inducitur *l. Paulus ff. rem rat. hab.* &
in terminis testamenti is qui legatum in eo relictum
acceptat dicitur illud ratificare tex. *in l. pen. §. si eum l.*
fi. ff. de inoff. testa. Bar. *in l. post legatũ. ff. de his quib. vt indig.*
gl. & doct. *in l. alia. C eod. tit.* Crau. *cons. 257. n. 3.* Mascar.
de probatio. vol. 3. concl. 1255. n. 45. Quod aũt semel † ap-
10 pbatũ est non licet postea reprobare, *c. quod semel. de*
reg iu. in 6. l. Pomponius scribit. de neg. gest. Osascus *decis. pe-*
dem. 62. n. 18. Becius *cons. 3. n. 35* Sardus *decis. 288. nu 5.*
Et istud fundamentum iudicio meo est solidum &
sufficiens pro d. testamenti validitate Sed vlterius ex
abundanti secundo loco moueor ex eo, quod non
constat d. D. Petrum Luysium ratam habuisse legiti-
mationẽ factam à Serenissima rep. Genuensi, eo ab-
sente. Est. n. communis omniũ sententia, non valere
11 legitimationẽ filii factã † nisi eo pñte & acceptan-
te, aut postea ratũ habente, vt est tex. *in §. generaliter.*
in auth. quib. mod. natur. eff. sui. Osascus *decis. pedem. 119 n.*
21 Menoc. *cons. 461 n. 45. lib. 5.* Siluan. late *cons. 5. nu. 36.*
Hondedeus *cons. 72. n. 16 li. 2.* cũ igitur dicta legitima-
tio non valeat, sequitur d D Petrum Luysium nunq̃
fuisse in potestate patris sui, cũ nõ fuerit nat⁹ ex legi-
timo matrimonio *vt s. probaui.* & certissimũ est, addo
Masc. *de probatio. vol. 2. cõl. 596. n. 11.* vbi citat iura & au-
thoritates, quia patria potestas oritur ex matrimonio
vt omnib. notum est. Igitur cessante patria potestate
nihil impedit, quo † minus testamentũ valeat vt per 12
Bar. *in l patre furioso. de his qui sui vel alie. in.* & est comm.
vt ibi per Ias. *n. 45.* Ascan. Clemens *de patria potestate.*
effectu 9. n. 3. Tertio considero, dato ẽt ꝙ d. D. Petrus
Luysius ratã habuisset dictã legitimationẽ, tamẽ non
esse plenã legitimationẽ sed dispensationem. Fuit. n.
facta sine pĩudicio prolis legitimæ † quo casu dicitur 13
limitata, & vocatur dispensatio, non aũt legitimatio
vsq; adeo vt nec filius dici possit legitimus ita Corn.
cons. 9. n. 6. 7. li. 4. Dec. *cons. 338. n. 3.* Gozad. *cons. 6. n. 63.*
vers. 4. est species D. Cæph. *cons 442. n. 34. li. 3* D. Decian.
cons. 40. n. 42. li. 3. Cõsequẽter nõ potest dici redactus
in patriam potestatẽ, cessante aũt patria potestate, vt
iam dixi, cessat impedimentum factionis testamenti
& sic testamentũ de quo agitur valet & tenet Postre-
mo ego puto esse aduertendũ ꝙ huiusmodi testamẽ-
tũ omnino valeret in vim donationis inter viuos. Et
sic pater testatoris omnino exclusus est ab omni vsu-
fructu temporis præteriti vel futuri Pro cuius rei de-
monstratione præmitto verã & cõmunem Dd. sen-
tentiam, quod si pater permittat filium separatim ab
ipso † viuere, & frui bonis aduentitiis, videtur vsum- 14
fructum bonorũ aduentitiorũ remittere, & donare
filio, talisq; donatio valet statim irreuocabiliter tex.
est *in l. cũ oportet § fin aũt. C. de bonis, quæ li.* vbi Bald. *ibi n.*
3. vbi dicit rationẽ esse, quia hæc est potius refutatio
q̃ donatio Crau *cons. 32 n. 2. & n 9.* Dec. *in auth. ex testa.*
n. 1 C. de testa. D. Cæph *cons. 687 n. 27* & est cõmunior
reste Paris. *cons. 130. n. 7. & 16. li. 1.* Neuiz. qui dicit com-
munẽ *cons. 76. n. 11.* Dec. alios citãs *in cõs. vlt. n. 19.* Hoc
ita pśupposito, sequitur, ꝙ cum pater d. testatoris, vt
in facto verissimũ est, semper permiserit filiũ suũ se-
orsim ab ipso viuentẽ & habitantẽ, vti frui bonis suis
aduẽtitiis, censetur vsumfructũ quatenus de iure illi
competiisset propter legitimationẽ illã remisisse &
donasse filio irreuocabiliter, *vt probant doctores supra*
citati. Quo stãre potuit filius donare inter viuos bo-
na sua, in quib. pater nullũ vsumfructũ habuit, licet
enim testari non possit filius de bonis, in quib. pater
vsumfructum nõ habet, quemadmodũ † nec de his 15
in quib pater vsumfructũ habet, & tamẽ potest inter
viuos disponere & donare. Castr. *cons. 381. primo viden-*
dum. in 5. quæsito lib. 1. Roman. *cons. 512. col. 2. vers. fallit se-*
cundo. Crau. *cons. 59. n 1. & 2.* Sed filius iste voluit inter
viuos donare, & donauit si testamentũ nõ valeret, vt
testamentũ, vel vt alia vltima voluntas, ergo ista do-
natio valet & tenet, in fauorem filiorum, qui nunc
possident, & sic donationẽ ratificauit factis ipsis *leg.*
Paulus ff. rem ratã hab. Quod aũt valeat d. testamentũ
& in eo disposita in fauorẽ filiorũ iure donationis in-
ter viuos, id patet ex eo, ꝙ in testamento adiecta est
clausula, vt valeat iure testamenti vel cuiuscunq; vl-
timæ voluntatis, & omni alio meliori modo. Talis. n.
clausula † opatur, vt act⁹ valeat omni meliori modo, 16
quo potest, licet actus transeat ad diuersam disposi-
tionẽ quia omnes species dispositionũ censentur cõ-
prehensæ. Hier Gabr. *cons. 147. sub n. 13 24. li. 1.* Quibus
sic stantib. nõ obstant in cõtrariũ adducta, nam fate-
or, de iure cõmuni filiumfa. testari nõ posse, nec co-
dicillari ẽt cũ cõsensu patris nec donare causa mortis
sine eius cõsensu. Fateor ẽt omnia alia vera esse q̃ ad-
ducuntur: sed hic dicimus valere, quia sic est disposi-
tũ ex statuto Genuensi, stante patris ratificatione &
aliis, ex s. deductis. Itẽ nõ obstat quod intra mensem
pater testamentũ renunciauerit, quia nõ potuit illud

reuocare, cũ antea illud approbasset, per ea, q̄ supra deducta fuere. Nō obstat q̄ vbi extat expressa reprobatio, non sit attendenda tacita approbatio: quia illud est verũ, quãdo p̄cessit expressa reprobatio, tunc n. tacita q̄ ex cōiecturis oritur, nō debet attendi, quoniã p̄ualet expressa, & in claris nō est opus cōiecturis & ita loquũtur Dd. allegati: vt videre licet ex eis. Sed hic præcessit approbatio ipsis facta, qua stante, non licet postmodum reprobare *c. quod semel placuit. de reg. iur. in 6.* cum aliis supra deductis.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro Parocho ecclesiæ diœcesis Pisanæ.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXVI.

De vnione ecclesiæ facta sine consensu capituli.

SVMMARIA.

1 *Vnio ecclesiæ dicitur alienatio qua non potest regulariter fieri.*
2 *Ordinarii manꝰ sunt ligata in beneficiis reseruatis Papæ.*
3 *Vnio non potest fieri de beneficiis reseruatis Papæ. Sed contra inferius.*
4 *Vnio beneficii non potest fieri sine consensu capituli.*
5 *Vnionem esse nullã ob defectum consensus capituli potest allegari ab alio quam à capitulo. Sed contra inferius.*
6 *Vnionis ius præscribi nequit.*
7 *Collatio beneficii non facta mentione vnionis non valet, & est surreptitia.*
8 *Vnio fieri potest ex causa iusta.*
9 *Episcopis licet vnire ecclesias etiam reseruatas Papæ.*
10 *Concil. Trid. sess. 21. cap. 5.*
11 *Nullitas vnionis ex defectu consensus capituli à solo capitulo allegari potest.*
12 *Nullitas alienationis rerum ecclesiæ à sola ecclesia allegari potest.*
13 *Sententia & contractus dici potest nullus ab aliquo, ab aliis non.*
14 *Nullum & validum æquiparantur quando nemo potest dicere de nullitate.*
15 *Nullitas contractus potest opponi ab eo, cuius interest.*
16 *Excipere de iure tertii quando liceat.*
17 *Nullitas contractus allegari non potest nisi ab eo cuius fauore est nullus.*
18 *De eodem ibi nu. seq.*
19 *De eodem ibi nu. seq.*
20 *De eodem nu. seq.*
21 *Episcopus potest præscribere ius faciendi vnionem ecclesiæ absq; consensu capituli.*
22 *Præscriptio temporis immemorialis nunquam sublata intelligitur.*
23 *Consuetudo temporis immemorialis nunquam intelligitur sublata.*

Adsit Dominus.

ADMODVM Reuerende Pater. Tria sunt argumenta quę ex motiuis desumi possunt admodũ Reuerendi Patris D. Vicarii Florentini, quæ loco dubiorum in præsenti causa proponuntur.

1 Primum est, quia vnio ecclesiæ † est quædam alienatio, quæ regulariter fieri non potest *c. cum nō ignores. de præben. c. vnio. §. sed & hoc. 10. q. 3. cum aliis vulg.*

2 Secundum quia beneficium de quo agitur erat affectum & reseruatũ Papæ, quo † casu sunt ligatæ manus ordinarii, *c. vt nostrum. de app.* Rebuff. *in forma signaturæ simplicis. in ver. affectum.* Et vnio debet habere † effectum tantummodo iis cessantib. Rota *in antiq. tit. de reb. eccl. non alien. decis. 6.* Cardinal. *in clem. 2. q. 9. de reb. eccl. non alien.*

3

4 Tertium quia facta est sine † consensu capituli vnio, de qua agitur, ergo non valet *d. clem. 2. de reb. eccl. non alie.* Concil. Trid. *sess. 24. cap. 15.*

5 Nec obstat si dicatur hanc nullitatem obiici † non posse per aliũ quam per capitulum, ex trad. per Rot. *nouiss. decis. 133 n. 10. par. 2.* quia verius videtur quemlibet admitti ad allegandum hanc nullitatem, ex trad. per Vantium *de nullit. tit. quis possit dicere de nullitate n. 9.*

Rursus non obstat si † dicatur, hoc ius vnionis faciendæ absque consensu capituli præscriptum fuisse per Illustr. & Reuerendissimum D. Archiepiscopum Pisanum: quia verius videtur præscribi non posse ex trad per Glo. *in clem. 2. in ver. consentiente de reb. eccl. non alie.* & per Abbatem *in c. pastoralis. num. 5. de donat. & in cons. 106. n. 14 lib. 2. & in c. nulli. n. 6. de reb. eccl. non alie.* & in terminis Petr. de Paris. *de vnionib. cap. 5. n. 16* Fassulus *decis. causa 8. dubit. 26. num. 1.* 6

Denique non obstat si dicatur ex concilio Tridentino *sess. 21. cap. 5. & sess. 24. cap. 15.* licere Episcopis facere vniones etiamsi ecclesiæ sint generaliter vel specialiter reseruatæ vel affectæ, quia hoc debet intelligi quando fit vnio cum consensu capituli, qui non interuenit in casu nostro, & ita videtur loqui in locis allegatis.

Quibus non obstantib. existimo vnionem factam per admodum Reueren. D. Vicariũ Pisanum de qua in præsenti agitur valere, & per consequens collationem factam à S. Pontifice Reuer. D. Paulino nulla facta mentione vnionis istius, subreptitiã † esse & nullã, 7 vt concludit Felin. *in cap. in nostra n. 25. vers. vigesimum septimum corollariũ. de rescrip.* Io. de Selua *in tract. de beneficio part. 3. q. 11. n. 76.* Flaminius Paris. *de resigna. benef. lib. 2. c. 9. n. 14. & 21.* Menoch. *cons. 294. n. 21 & seqq.*

Nam q̄ attinet ad primũ argumentum respōdeo regulariter quidem verum esse quod nō possit vnio fieri, sed hæc regula fallit, iusta † subsistente causa vtilitatis vel necessitatis, vt puta si duæ ipsæ ecclesiæ vniendæ adeo sint pauperes, vt non sufficiant earum redditus ad victum duorũ, nec reperiatur aliquis qui velit deseruire prout in facto certissimum esse apparet in p̄senti vnione facta, per D. Vicarium Pisanum, tex est *in c. a. expositis. & ibi* Panorm. & aliĩ *de præbendis.* Rebuff. *in pract. tit. de vnionib. n. 39. & n. 41.* & habetur etiam in Concil. Trid. *sess. 21. c. 5.* 8

Cum igitur in facto id verissimum esse constet ex actis, & ea vnio attulerit augmentum diuino cultui, sequitur dicendum, dictam vnionem ex iusta causa factam fuisse, & sic valere & seruandam esse.

Quod vero attinet ad secundum arg. de reseruatione & affectione beneficii, dico pro responsione illud procedere ante Concil. Trid. Cæterum stante Cōcil. Trid. *sess. 21. c. 5. & sess. 24. c. 15* nō est dubiũ, quin licuerit † & liceat Episcopis vnire ecclesias seu beneficia licet fuerint generaliter vel specialiter reseruata vel affecta, quoniã in dictis locis Concil. Trid. hæc facultas Episcopis tanquam Romani Pontificis delegatis expresse data & concessa est. 9

Non obstat q̄ dicitur † conciliũ loqui quãdo vnio facta est cum consensu capituli, quoniam ad istud patebit respōsio ex iis, quæ dicam pro solutione tertii argumenti, ad quod soluendum deuenio. 10

Non obstat itaq; tertium arg. de consensu capituli, quia dupliciter respondetur.

Primo hanc exceptionem quod vnio sit nulla ex defectu consensus capituli allegari † non posse ab aliquo tertio, licet eius intersit, sed tantũmodo ab ipso capitulo, in cuius fauorem iure constitutũ est, vt cōsensus eius requiratur in facienda vnione, ita decidit Rota nouissime, *decis. 133. n. 10. parte 2.* quæ loquitur in terminis terminantib. prouisi Apostolici, quod non possit allegare nullitatem ex defectu consensus capituli, qui præcise est casus noster. 11

Et

Et Rota ibi mouetur firmiss. fundamento quoniã nullitas alienationis rerũ ecclesiasticarum nõ potest
12 ab † alio proponi, quam ab ipsa ecclesia, in cuius fauoré solennitates inuentæ sunt circa rerum ecclesiasticarum alienationem, vt per Innoc. *in c. 1. de his quæ fiunt à præla. sine consensu capituli.* & ibidem Hostien Io. And. Card Panor. & alii, vt late per Tiraq. *de legib. cõnub.* qui dicit cõmuniter omnes ita tenere *glo. 8. n. 92. & in tract. le mort sai sit. 7. part. decl. 1. nu. 7.* Bart. *cons. 159. n. 6. & 7.* Rui. *cons. 35. n. 31. lib. 1.* & alii allegati per Rot. Roman. *vbi supra* quam sequitur Surdus *decis. Mantua. 179. nu. 17.* & est tex. pro hac sententia *in c. si qua. de reb. 12. q. 2.* quem adducunt doct. supra dicti.

Et ideo non est hoc in casu attendendum, quod contra Rot respondit Menoc. *cons. 393. n. 4 & 5.* quia loquitur quando Rota mouetur falso fundamento: sed in proposito nostro fundamentum Rotæ est solidissimum, quia vnio est quædam alienatio, vt etiam præsupponitur in motiuis, pro solennitate requiritur in ea facienda cõsensus capituli, & hoc proculdubio fauore capituli seu fauore ecclesiæ, cum igitur neque capitulum, nec Archiepisc. nec ecclesia impugnent huiusmodi vnionem, quia vtilis fuit & necessaria, & tẽdit in diuini cult⁹ augmentũ, certe nõ potest alius extraneus eam impugnare, vt in puncto decidit Rot. cuius authoritas in tam excelso loco posita est, vt nefas esse videatur ab ea recedere, vt per Ludo. Gomes *ad reg. Cancellariæ in proœm. quæst. 2. in 4. fund.* Vantium *tit. de nullit. ex defect. iurisdic. deleg. nu. 17.* Grauatium *ad Vestrium lib. 2. cap. 7. nu. 3.* multi alii quos allegant Moderni *in tract. de communi opinione. libro 2. tit. 9. casu 10.*

Non obstant tradita per Vantium *in tit. quis possit di-*
13 *cere de nullitate. nu. 9.* quia † loquitur de prælato negligente defensionem ecclesiæ, & debet intelligi secundum doctores quos allegat, iuxta doctrinam Bart. *in l. non solum. § liberationis verbo. de lib. leg.*

In primis citat Rot *decis. 159. nota qualiter. in antiquis.* nihil aliud dicit nisi extraneũ posse agere nomine ecclesiæ prælato negligente, vt per Innoc. *in c. cum olim. de testib.* qui loquitur in casu quo plātus est negligens in prosequendo iure ecclesiæ, & cum agitur de reuocatione rei ecclesiæ male alienatæ, hoc est, cũ damno ecclesiæ, iuxta tex. *in c. si quis presbyterorũ. de reb. eccl. non ali.* vbi Abb. *n. 9.* scribit cõm. Dd. tenere, quãlibet ecclesiast. personã admittendã ad repetendas res ecclesiast. male alienatas, quia versatur in hac alienatione illicita ius publicũ. Sed hic nõ agitur de re ecclesiast. male alienata, imo de vnione facta ob causam necessitatis & vtilitatis ecclesiæ, & tendẽte in augmentũ & propagationem cultus diuini, & ꝓinde vtilissima & necessaria ecclesiæ, vnde intrat altera cõmunis conclusio ꝙ eius nullitas ob defectũ solennitatis ab aliquo allegari non possit, sed tantum ab ipsa ecclesia & capitulo. Et hæc distinctio est necessario adhibenda ne confundantur inuicẽ dictæ cõmunes Dd sententiæ & tex. quib. vtraq; nititur. Nam vna docet contractũ nullũ rei ecclesiæ ab ipsa tantum ecclesia si ei placuerit impugnari ac infringi posset, *per tex. in d. c. si qua. de reb.* Hæc cõmunis est intelligenda vt procedat quando alienatio fuit vtilis & necessaria ecclesiæ. Potest. n. tunc ecclesia cogere alios ad obseruantiã contractus, licet sit nullus. Altera vero sententia ꝙ contract⁹ à quolibet impugnari possit, *per tex. in d. c. si quis presbyterorũ.* est intelligenda, vt locũ habeat quando cõtractus est initus cũ damno ecclesiæ ita Panor. *in c. 1. n. 8. ne sede vacante.* qui videri poterit. Allegat pterea Vanti. Imol. & Alex. *in l. quod dicitur. de verb. obl.* & Affl. *dec. 15. 207. n. 3.* qui in eisdẽ terminis loquuntur, cum videlicet agitur de contractu damnoso ecclesiæ, vt puta, si concesserit aliquid in emphyteusim ꝑpetuam. Tunc. n. quia hoc est ꝓhibitum de iure, ꝓpter damnũ ecclesiæ, ad q̃ res concessa reuerti non potest, merito quilibet potest cõtractũ illum impugnare, ne ecclesia redigatur ad inopiam. ꝙ publicum ius concernit. Adducit pterea gl. *in l. iubemus. § sane. ver. æ. onomos. C. de sacrosanct. eccl.* q̃ similiter intelligenda est cũ agitur de re ecclesiæ male alienata, secus autẽ si cum vtilitate ecclesiæ, quia tunc reuocari non potest alienatio nisi ipsa ecclesia velit, & ita necessario intelligenda est gl. illa ne contradicat tex. *in d. c. si qua. de reb.* & com. opin. s̃ deductæ, ꝙ nullitas ab alio, quã ab ecclesia allegari non possit, quando vtilis est ecclesiæ. Præterea adducit gl. *in c. 1. ecclesiastica. in gl. magna. circa mediũ. de excep.* q̃ nihil aliud dicit nisi quemlibet ꝓcurare posse vtilitatẽ ecclesiæ ne ecclesia lædatur. Sed in casu nostro ecclesia non læditur. p vnionẽ, imo sentit maximam vtilitatẽ & cõmoditatem, vt dixi s̃, igitur illa gl. nihil obstat. Allegat ẽt gl. *in c. si quis presbyterorũ. in ver. personas. de r. b. ecc. non ali.* q̃ gl. loquitur de re male alienata sicut habetur in tex. etsi illa gl. attendẽda sit facit cõtra D. Paulin apertè, quia dicit psonas alterius ecclesiæ admitti ad impugnandã alienationẽ, sed tantum psonas illius ecclesiæ. Constat aũt D. Sebast. aduersarium non esse subditum ecclesiæ Pisanæ, & sic secundum d. gl. non posset agere de nullitate. Allegat insuper Felin. *in c. cũ olim. col. 2. de testib. & in c. dilectis. nu. 2. de maio. & obed.* quib. in locis Felin. dicit plato negligente, psequi ius suum, vt puta legata relicta quẽlibet admitti & generaliter in cõcernentib. interesse ecclesię quemlibet esse audiendũ & admittendum. Sed hoc non facit ad quæstionẽ nostrã, quin hic nõ agitur de interesse ecclesiæ ꝙ illa vnio declaretur nulla, neq; platus est negligens in defensione seu persecutione sui iuris, imo interest ecclesiæ, vt maneat vnio ꝓpter necessitatẽ & vtilitatẽ ecclesiæ, ideo non potest considerari vlla in plato negligentia, sed potius prudentia & solicitudo in ꝓcurando bonum ecclesiæ per d. vnionẽ, per q̃ cultus Dei augetur. Allegat ẽt Are *in inst. quib. alie. nõ licet. n. 5.* vbi dicit quẽlibet de parochia reuocare posse rẽ alienatã ab ecclesia per not. *in l. iubemus. § sane C. de sacrosanct. eccl.* ꝙ est intelligẽdum de alienatione facta cum damno ecclesiæ, secus si cum vtilitate secundum superius allatam distinctionem.

Allegat deniq; Lapum & Marsilium, quos nõ inueni hoc dicentes & quatenus id ad ꝙ allegantur dicerent, essent tamen intelligendi iuxta supra dicta, scilicet quando agitur de procuranda ecclesiæ vtilitate quia tunc quilibet audiendus est, vt ipse Vantius concludit. *per tex. in c. cum in cunctis. de his quæ fiunt à maiore par. Cap. c. Nicena. 51. distin.* Et istud nec ego inficior verum in casu nostro nõ videtur ꝓcurare vtilitatem ecclesiæ ac religionis, qui contendit infringere hanc vnionẽ sed potius suum siquidẽ vt dictum est, ista vnio vtilis & necessaria fuit propter ecclesiæ paupertatẽ & difficultatẽ inueniendi rectorẽ, qui curæ animarum præsit, ꝙ maxime interest ipsius ecclesiæ, vt patet. Ex pdictis igitur liquido apparet vnionem nõ esse nullã quo ad D. Paulin. aduersariũ quia de nullitate dicere non potest, vt in simili dicebat Ruin. *cons. 48. n. 12. lib. 4.* vbi scribit sententiã nõ posse dici nullã quoad vnum, licet dici possit quoad alios, & sic est in casu nostro, quia quoad capitulum si illud allegaret nullitatẽ, dici posset nulla, secus quoad D. Paulin. sic dicimus contractũ dici posse nullũ respectu vnius respectu vero alterius valere vt per Albam *in cons. 67. num. 7.*

Itaq;

Itaque respectu ipsius Dn. Paulini aduersarii locus est illi doctorum conclusioni, paria esse quod actus
14 sit validus † vel sit nullus, & tamen nullus dici non possit *Glo. in l. si à creditorib. C. de seruo pig. dato man.* Ang. *cons.* 187 *in fine.* Dec. *cons.* 456 *nu.* 21. *&* 557 *n.* 13. Castr. *cons.* 288. *n.* 2. *lib.* 1. Franc. *in c. dilecto q.* 50. *n.* 125. *de appell.* D. Cæphal. *cons.* 37. *n.* 13 *lib.* 1.

Sed ne difficultates maiores quam sint in dictis motiuis quantum ad hoc caput attinet subterfugisse videamur, aduertendum est etiam non obstare huic nostræ responsioni trad. per Rui. *cons.* 40. *n.* 6. *lib.* 1. quē sequitur D. Cæph. *cons.* 133. *n.* 125. *li.* 1. qui etiā adducit Alex. *cons.* 38 *col. fi. lib.* 2. nec non trad. per Burs. *cons.* 82.
15 *n.* 25. *lib.* 1. qui dicunt nullitatem contractus † obiici posse non solum ab ecclesia, sed etiam ab alio tertio cuius intersit.

Namq; hic diligenter aduertendū est istud locum habere in casib. in quib. opponi potest de iure tertii. Tota enim hæc disputatio ac doctrina pendet ex traditis per Bart. *in l.* 2. *de exceptione rei iudicatæ.* quem adducit Ruin. *d. cons.* 40. *n.* 6. videlicet, quando liceat
16 opponere † de iure tertii. In quo quidem articulo ita Bart. distinguit *vbi supra.* quod si quidem ius tertii sit exclusiuum ipso iure iuris agentis, siue tertius velit, siue nolit, tunc liceat opponere de iure tertii. Et hanc conclusionem optime applicat Ruinus ad propositum nostrū: q. si res ecclesiæ male fuerit alienata, quia contractus est ipso iure nullus, siue ipsa ecclesia velit siue non, *vt in c. si quis præsbyterorum. de reb. eccl. non alien.* tunc liceat tertio opponere de iure ecclesiæ, hoc est, alienationem esse nullam, licet ecclesia taceat & non contradicat. Sed iste non est casus noster, quia hæc vnio nō est in damnum ecclesiæ, imo in vtilitatem eius & cōmodum. *vt supra dictum est.* quamobrem contractus hoc in casu non est nullus, nisi ecclesia volente, secundum communem sententiam superius firmatam, quod ita demum cōtractus vtilis ecclesiæ sit nullū, ꝑpter solennitates non adhibitas si ecclesia velit, vt per Rot. *in d. deci.* 133 *n.* 10. *cum aliis supra relatis.* quia ecclesia hoc in casu potest ratificare & approbare talē contractū, vt per Abb. *in d. c.* 1. *n.* 8. *ne sede vacante.* & tradunt omnes doct. citati per Rot. Quamobrē intrat in casu nostro altera cōclusio Bar. *in d. l.* 2. *de excep. rei iud.* quod vbi ius tertii ipso iure est exclusiuum iuris agentis, ipso tamen volente & non aliter, tunc non liceat opponere de iure tertii.

Et hic præcise est casus noster, quia licet nō valeat vnio sine cōsensu capituli, vel alia alienatio vtilis ecclesiæ, tamen hoc intelligitur ecclesia ipsa volente & non aliter, & ideo cum in casu nostro vnio hæc sit ecclesiæ vtilis & necessaria, & velit ecclesiā ipsam firmā manere, non potest tertius opponere nullitatem ipsius vnionis, cōtra ipsam ecclesiā. Nam istud redūdaret in præiudiciū ecclesiæ in cuius fauorē introducta est solennitas *contra l. quod fauore. C. de legib.* Et sic in casu nostro locus est omnino cōmuni conclusioni
17 Dd. quod vbi contractus est † nullus fauore alicuius nemo ꝑter illū potest nullitatē opponere, *Gl. in l.* 2. *vbi* Bar. Bal. Ang. Saly. & Ias. C. *de iure emph.* q̄ dicit cōmuniter approbatā Soc. *cons.* 78 *n.* 4. *li.* 4. Crau. *cons. pro genero. n.* 178. Sic dicimus Vasallū non posse feudū alie-
18 nare sine licentia domini, sed tamen si † alienauerit sine eius cōsensu, solus dominus, & nemo alius, ꝑter eum, opponere de hac nullitate poterit. Rui. *cons.* 2. *n.* 7 *li.* 1. Nat. *cons.* 475. *n.* 14. D. Cæp. *cons.* 3. *n.* 118. Rol. *cons.* 57. *n.* 9. *li.* 3. Alb. *cons.* 67. *n.* 7. Sic quoq; si inuentarium factū fuerit ab herede aliquib. creditorib. non citatis
19 illis † q. citati fuere nō possunt opponere de nullitate inuentarii ꝑpter alios non citatos, Bar. *cons.* 154. *n.* 8. *li.* 1. Rol. *de confect. inuentarii. vers. quod si alicui.* Quæ. n. in fauorē aliquorū inducuntur, habent hanc tacitam clausulā si eis placuerit, *l.* 2. *ff. de lege commisso.* Sic legiti-
matio q̄ ad fauorē alicuius † est nulla, nō potest per aliquē tertiū ex persona illius impugnari Rui. *cons.* 85. 20
n. 6. *&* 93. *n.* 8 *li.* 3. Paris. *cons.* 1. *n.* 152 *li.* 2. Alc. *cons.* 171. *n.* 5 Surdus qui alia quoq; similia congerit *cons.* 1. *n.* 84. *cum seq. li.* 1. Atq; hæc est prima responsio, quā solā sufficere existimo aduersus nullitatem obiectam ex defectu consensus capituli per q̄ apparet, nō obstare id, q replicabatur, ad Cōcil. Trident. in secundo arg. quoniā paria sunt vnionē factā esse solenniter & cū consensu capituli, vel sine tali consensu, cū nō possit impugnari p *ea quæ dicta sunt superius* Altera responsio est, dato, quod capituli consensus necessarius sit in facienda vnione, tamen Illust. & Reueren. D. Archiepiscopus Pisanus, ꝑscripsit ius faciendi vniones beneficiorū & ecclesiarū sine consensu capituli, per tēpus immemoriale, sicut plene in processu probatum est, per testes & instrumenta. Constat aūt Episcopū præscribere posse temporis spatio immemoriali, vt solus absq; capitulo facere possit ea in quib. capituli consensus requiritur, *tex. est in c. pen. de consuetud. li.* 6. & est com. op. vt testatur Balb. *de præscript. par.* 5. *q.* 17. Et in terminis vnionis faciendæ absq; consensu capituli Soc. *in c. sicut vnire de excess. prælato.* quē refert & sequitur Caccialup. *de vnionib. arti.* 6 *nu.* 10. *cum seq.* Et hæc sententia confirmari potest ratione clarissima, quia tanti temporis præscriptio, hoc est, immemorabilis, habet vim priuilegii à Principe legitime obtenti. *c. super quibusdam.* §. *præterea. de verb. sig.* quod procedit et in iis, quæ sunt contra ius *c.* 1. *de præscrip. lib.* 6. latissime authores citans Gabr. *com. concl. lib.* 5. *tit. de præscrip. concl.* 1. Non obstat Gl. *in clem.* 2. *de reb. eccl. non alie.* quæ negat præscribi posse Namq; est cōmuniter reprobata, vt testantur Balbus loco supra adducto. Et istud sufficere debet ad tollendam Gl. authoritatē, quæ in motiuis magnifieri videtur, quia vbi cōmunis Dd. sententia est, in contrariū non est standum opinioni Gl. secundum cōmunem & veram opinionē, vt per Modernos, *trac. de com. opin. lib.* 2. *tit.* 9. *casu* 7. Non obstant authoritates aliæ in contrarium allatæ, quia non loquuntur in præscriptione temporis immemorialis.
Hæc n. præscriptio temporis immemorialis † nunquam sublata esse intelligitur, vt per Mascard. *de probatio. vol.* 3. *concl.* 1371. *n.* 45. Et cum in cōtrarium sit cōmunis opinio in terminis nostris, de qua per Balb. *vbi supra*, quæ optimum etiam habet fundamentum non videtur ab ea recedendum Præsertim cum contrariæ opinionis fundamētum sit nullius plane momenti Sumitur enim *ex clem.* 2. *de reb. eccl. nō alie. in vltima parte* quatenus reprobatur consuetudo in contrarium, sed illa verba referenda sunt ad vltimā partem tex. non autem ad primam, quia non potest ad primam partem referri, salua ratione recti sermonis, cū tex dicat *hoc irritum esse decernimus.* Deberet enim dici, hæc irrita esse decernimus, si ad vtrumq; dictū referenda esset illa clausula. 21

Deniq; etsi ad vtrumq; dictum referenda essent illa verba, quod semper negabo, ausim dicere reprobata consuetudine generalibus verbis non contineri consuetudinē temporis immemorialis. Nam sublata omni consuetudine, non intelligitur sublata cōsuetudo temporis immemorialis *tex. est cū Gl. in auth. vt de cætero. commutationes rerum ecclesiastic.* & ibi Ang. *n.* 1. Alex. *cons.* 60 *circa finem. lib.* 1. Feli. *in rub. de præscript. n.* 18. Mascard. *vbi supra. n.* 45 Anton. Gabr. alios citās

tit.

titul. de praescript. concl. 1. numero 27. versicul. contrarium. Et licet aliqui cōtrarium voluerint, haec tamen verissima videtur, quae pro se habet textum cum Glo.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

Pro eodem.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXVII.

De materia praecedentis consilii.

SVMMARIA.

1 *Vnionis ecclesiae faciendae causa iusta quae.*
2 *Vnio fieri non potest absq; consensu capituli.*
3 *Alienatio rei ecclesiae valet sine consensu Papae vbi adest necessitas requirens celeritatem.*
4 *Praescriptio immemorialis quomodo probetur.*
5 *Possessio non probatur per scripturas.*
6 *De eodem.*
7 *Praescriptio temporis immemorialis probatur per testes.*
8 *C. inter dilectos de fid. instr.*
9 *Possessio probatur per instrumentum locationis.*
10 *Praescriptio temporis immemorialis quando non valeat.*
11 *Praescriptio temporis immemorialis habet vim priuilegii.*
12 *Gl. in clem. 2. de reb. eccl. non alie.*
13 *Tertius nullitatem allegare potest alienationis bonorum ecclesiae.*
14 *Quod intelligitur vbi alienatio est damnosa ecclesiae, alias non.*
15 *Ius tertii quando allegare liceat.*
16 *Praescriptio immemorialis an tolli possit.*
17 *Clausula decreti irritantis, quid importet.*
18 *Exceptio non dicitur altiorē indaginem requirere, quando notorie ex actu constat.*

Reuerendissime Pater.

LEGI, ac diligenter consideraui, quae pro solutione dubiorum docte & solide excitatorum per Reueren. D. V. ab excell. D. Aduocatis D. Paulini adducta fuere, quibus non obstantibus videntur mihi omnia recte subsistere, & per consequens pronunciandum esse contra D. Paulinum: Quia vero non est necesse, vt repetam ea, quae ego alias deduxi, & quae late & praeclare deducta fuere in dictis dubiis, hoc vnum praestare conabor, vt tollam ea, quae allata sunt à dictis D. Aduocatis. Ordinis autem & lucis gratia, quia sunt quinq; scripta, singulis breuiter satisfaciā.

In primo scripto omnia huius causae merita reducuntur ad quatuor capita: Et in primo capite proponitur an ista vnio facta pro reaedificatione possit dici facta in euidentem vel vrgentem necessitatem, adeo vt possit subsistere sine solennitatibus requisitis à iure pro forma.

Et concluditur in hoc capite dictam vnionē non esse factam in euidentem vtilitatē, & per me allegata locum habere posse, quando essemus in celeri & vrgenti necessitate, ex traditis per Abb. *in c. tua nos. nu. 8. de eccl. aedifican.* & per Felin. *in c. cum accessissent. nu. 20. de constit.* Et quod non sit facta in euidentem necessitatem, apparet, quia vnio est perpetua, necessitas autē temporalis. Respondeo in primis non recte propositam esse quaestionem, quia vnio facta fuit non solū propter restaurationem ecclesiae, sed etiam propter
1 paupertatem eiusdem, quae † est legitima causa vnionis faciendae, vt alias dixi *c. exposuisti. & ibi* Panorm. & alii, *de praeben.* Rebuff. *tit. de vnionib. nu. 39. & 41.* Concil. Tridentin. *sess. 21. cap. 5.*

Quod autē id in facto verum sit, apparet ex decreto ipsius vnionis, & actis illius quae sunt notoria: & sic vtilitas & necessitas nō est temporalis sed ppetua.

Secundo non bene proposita est quaestio ista an d. vnio possit subsistere sine solennitatib. à iure requisitis pro forma, quia nemo ignorat, ad vnionem faciendam requiri haec duo copulatiue, iustam † causam 2
& simul consensum capituli, *clem. 2. de reb. eccl. non alienan.* Concil. Triden. *sess. 24. cap. 15.*

Nec ego vnquam dixi generaliter, subsistere vnionem ob euidentem vtilitatem vel necessitatē, absq; cōsensu capituli: sed dixi & repeto, in hac nostra specie subsistere sine cōsensu capituli, duabus rationib. quarum vnaquaeq; est sufficiens per se, prima quia Illust. D. Archiepisc. praescripsit ius istud faciendi vniones absq; consensu capituli. Secunda, quia iste defectus consensus capituli, non reddit vnionē nullam nisi capitulū velit, & hoc petat. Alius enim excepto capitulo hoc allegare non potest: & ideo paria esse contendi, validam esse vnionem vel nullam, quoad ipsum D. Paulinum, qui de eius nullitate dicere non potest. Quamobrem frustra adducti sunt Abb. & Felin. *in locis supradictis* ad probandū, alienationem valere sine † consensu Papae, vel alterius, cuius cōsensus 3
de iure requiratur: quando subest talis necessitas, cui per celeritatem necessarium sit occurrere. Nam ego non posui meum fundamentum in tali vrgenti necessitate, quae celeritatem requirat, sed in praedictis duabus rationib. quib. nullum cōgruum responsum allatum fuisse patebit. Secundum caput proponitur de praescriptione immemorabili: & dicitur † non esse 4
probatam *ex trad.* per Dec. *in c. cum dilecta. de confir. vtil. vel inutil. n. 21.* sed puto allegare voluisse *n. 11.*

Secundo quia per scripturas † non probatur pos- 5
sessio *c. inter dilectos in fine. de fide instr.*

Tertio quia probata non † potest sustineri *ex clem.* 6
2. & ibi gl. de reb. eccl. non alien.

Respondeo Dec. *in d. c. cum dilecta.* nihil aliud velle nisi quod praescriptio centū annorum nō potest probari per testes, nisi ex publica voce & fama, aliud non dicit.

Quod autē probari † possit per testes praescriptio 7
temporis immemorialis, tradit late Gabr. *comm. concl. tit. de praescript. concl. 1. n. 81. cum seq.*

Et in hac causa dicimus esse probatam, & de ea cōstare ex processu, vt videri potest.

Quod vero dicitur possessionem non probari per scripturas *ex c. inter dilectos. in fine. de fide instr.* facile diluitur, quia † tex. ibi non dicit generaliter possessio- 8
nem non posse probari per scripturas, sed probari nō posse per instrumentum locationis.

Nostra vero quaestio nō est an possessio probetur per instrumentū locationis, quanquā & in illo articulo † recepta sit conclusio, probari possessionem, 9
quando sunt plura instrumenta, & non vnū tantum vt per D. Mascard *de probationib. vol. 3. concl. 1181. nu. 11.* & etiam in antiquis *vt ibi. n. 13.*

Quod vero dicitur praescriptionē immemorialis temporis non valere ex trad. per Gl. *in d. clem. 1. de reb. eccl. non alien.* nihil obstat, quia illa gloss. communiter est reprobata, vt alias dixi, citando ad hoc Balbum *de praescript. part. 5. quaest. 17.* ad quam authoritatem nihil replicatum vidi, & de qua re etiam inferius dicetur.

Non obstat quod dicitur hanc praescriptionem esse interruptam, per declarationem Illustr. congregationis ad Concilium Tridentinum, in quo est decretum irritans.

Nam declaratio Illustr. congregationis, non tollit prae-

præscriptionē vllam, & multo minus temporis immemorialis.

Nec bona est consequentia, concilium Tridentinum continet decretum irritans, ergo tollitur præscriptio immemorialis.

Hoc de iure non probatur, nec illi consonat; quo-
11 niam vt alias dixi, præscriptio † temporis immemorialis habet vim priuilegii à Papa legitime obtenti, vt per Gabr. *tit. de præscrip. concl. 1. n. 1.*

Sicut igitur non tollit priuilegium Papæ, ita nec præscriptionem immemorialem, quæ priuilegio Papæ æquiparatur.

Circa tertiū caput laborat D Aduocatus in ostendendo vnionem esse nullam sine solennitatibus, vt inferat hanc vnionem esse nullam, quia sit facta absque consensu capituli, quod gratis potest concedi: sed dicimus hanc nullitatem quæ oritur ex defectu consensus capituli, nō posse allegari ab alio, quam ab ipso capitulo, ex allegata Rotæ *decis.* 133.

Vnde ad quartum caput descendit, & conatur ostendere, dictam decisionem non obstare.

Primo, quia ibi capitulum opponit de eadem validitate.

Secundo, quia illa decisio debet intelligi secundum iura ibi allegata, quæ iura nihil in proposito videntur probare.

Tertio, quia est actio popularis, cum dicta vnio careat solennitatib. cum non sit adhibitus consensus capituli, & quia tendit in præiudicium ecclesiæ.

Replicatur illam decisionem adductam fuisse ad propositum nostrum, summa ratione, quatenus generaliter & nulla distinctione adhibita declarat non licere cuique dicere de nullitate vnionis, ex defectu consensus capituli, sed tantummodo ipsi capitulo: & istud est quod ponderatur à nobis & considerari debet. Reliquæ autem circumstantiæ facti quæ ibi concurrunt, nullum nobis negocium faciunt, quia fundamentum non ponimus in hypothesi, sed in generali conclusione supra dicta, quam non impugnat d. prima responsio Dn. Aduocati. Nec etiam secunda, quia fatemur, decisionem illam esse intelligendam secundum iura allegata: sed negamus illa non applicari ad casum nostrum, imo recte applicantur sic argumentando.

Nullus potest dicere de nullitate vnionis ex defectu consensus capituli, vt habet illa decisio.

Ergo nec D Paulinus.

Quod vero subiicitur hanc esse actionem popularem, negatur. Dicimus enim contrarium decidi, in dicta decisione: cui D. Aduocatus acquiescere debet, nisi meliores afferat authoritates.

Et hæc sunt q̄ replicātur ad primas responsiones.

Sequitur secunda responsio alterius Aduocati, in qua primo dicit non fuisse factam vnionē ex iustis causis, vtilitatis scilicet & necessitatis, vt de iure requiritur.

Sed replicatur contrarium constare ex decreto vnionis & actis illius, ex quibus apparet de euidenti vtilitate & necessitate.

Secundo dicitur vnionem esse nullam, quia facta sine consensu capituli.

Nec obstare præscriptionem immemorialē, quia non valet dicta præscriptio *ex Gl. in d. clem. 2. de reb. eccl. non alie.* & trad. ibi per Imolam & Zabarell. quos refert & sequitur Felin. *in cap. cum causa. numer. 12. de re iud.*

12 Replicatur d Gloss. non loqui de † præscriptione immemoriali, & in præscriptione immemoriali expresse contrarium tenet ibi Zabarella *in 8. quæst.* sic dicens, *quia vero tempus, de cuius contrario non est memoria, tollit iuris resistentiam, & habet vim tituli, cap. 1. de præscript. libro 6. ideo puto, quod ex tali præscriptione possit hoc præscribi.* &c.

Idem scribit Balbus dicens Gloss. *in d. clem. 2.* esse communiter probatam *dict. parte 5. quæst. 17. de præscript.*

Nec aliter loquuntur Felin. & Imola in contrarium allegati. Licet negent præscriptionem temporis immemorialis locum habere, quando lex tollit præscriptionem: quæ est alia quæstio. Nam negamus *in d. clem. 2.* tolli præscriptionem in iis, in quibus requiritur consensus capituli, prout est vnio: sed tollit præscriptionem in eo capite de quo fit principalis mentio *in dict. clem. 2.* & ita illam partem in qua tollitur præscriptio separatur optime ab hac parte, in qua agitur de vnione, Zabarella *d. q. 8. & infra in §. v. s. d. cle. 2 quæst. 8.*

Quod enim valeat præscriptio Episcopi in iis, in quibus consensus capituli requiritur, plura sunt iura expressa, quæ citat Balb. *loco supra dicto.* vnde illam Glo testatur communiter refelli à doctoribus, quare ab ista communi non esse recedendum videtur, in iudicando, *iuxta not. in cap. ne innitaris. de constit.*

Quod vero attinet ad *decis.* Rotæ 133. per quam est determinatum, nemini licere nullitatem hanc allegare, excepto capitulo.

Respondetur illam decisionem loqui in diuersis terminis, quia ibi vnio fuit facta fauore capituli, quā impugnare volebat rector ecclesiæ: & licet postea in eadē decisione dicatur, hanc exceptionem nō posse opponi nisi à solo capitulo: tamen debet intelligi supposito eodem themate, alias si intelligeretur generaliter obstaret, quod doctores dicunt tertium posse allegare † nullitatem alienationis bonorum ecclesiæ, licet ecclesia nihil dicat, vt per Afflict. *decis.* 13
107. *num. 3.* Vanti. *de nulli. tit. quis possit dicere de nullitate num. 9.*

Et quia quilibet potest opponere de iure tertii, quando est exclusiuum iuris partis aduersæ, vt per Alex. *cons. 11. n. 20. lib 7.*

Et quia D. Paulinus successit in locum Rectoris, ideo non est tertius.

Deniq; ait hanc exceptionem requirere altiorem indaginem, ideo non impedire executionem literarum.

Replicatur Rotam in illa decisione multas adferre rationes, sed hanc potissimum quam hic perpendimus, nō posse ab alio quam à capitulo dictam nullitatem allegari.

Et non mouetur Rota ea ratione quod illa vnio fuerit facta fauore capituli, sed ex generali Dd conclusione argumentatur, quod sicut nemo potest dicere de nullitate alienationis rei ecclesiasticę nisi ecclesia, ita ēt nemo potest dicere de nullitate vnionis ex defectu consensus capituli, nisi capitulum.

Quod si Rota fundamentū suum posuisset in eo, quod fauore capituli vnio illa facta fuisset, facile fuisset exprimere.

Non obstat quod dicitur ēt ecclesia tacente cuilibet permissum esse allegare nullitatem alienationis rei ecclesiasticæ, vt per Affl. *decis.* 107. *n. 3.* Vanti. *tit. qui possint dicere de nullit. n 9.*

Quoniam illa traditio locum habet, quando alienatio est † ecclesiæ damnosa, secus autem vbi est vtilis & necessaria, vt bene declarat Panorm. *in c. 1. n. 8.* 14
ne sede vacante.

Et

Et hac distinctione conciliantur duę cōclusiones, quæ alias essent inuicem contrariæ. Vna & communis quod sola ecclesia possit dicere de nullitate alienationis: Altera quod etiam tertius ecclesia tacente allegare possit huiusmodi nullitatem: vt suse deduxi in aliis meis responsionibus.

Et ibi respondi ad Vantiū & Afflict. perpendendo authoritates ab eis citatas loqui in istis terminis, quādo scil. alienatio rei ecclesiæ est damnosa ecclesiæ, & nulla, tunc licet tertio allegare nullitatem, alias non. Non repeto quæ semel scripsi, quia facile videri possunt.

Vnde applicando ad rem nostram, dico, quod si constaret vnionē istam esse damnosam ecclesiæ, tunc liceret tertio allegare dictam nullitatem ex defectu consensus Capituli, sed cum non fuerit damnosa, sed vtilis & necessaria, ob causas quæ continentur in processu & decreto d. vnionis, non licet alicui, capitulo tacente, allegare istam nullitatem: & bene intrat dicta decisio Rotæ Romanæ, vt patet.

Ad regulam illam, quod quilibet possit excipere de iure tertii, quando exclusiuum est iuris agētis ipso
15 iure. Respondeo, hoc verum esse, quando ius † tertii est exclusiuum iuris agentis, siue tertius velit, siue non, tunc licet opponere de iure tertii, secus autem vbi ius tertii est exclusiuum iuris agentis, ipso iure eo tamen volente & non aliter, tunc non licet opponere de iure tertii: ita expresse declarat Bartol. *in l. 2. de except. rei iud.*

Et hic est casus noster, quia vnio est nulla ex defectu consensus Capituli, si Capitulum velit, & alleget istam nullitatem, vt concludit Rota Roman *vbi supra.*

Quod autem dicitur D. Paulin. non esse tertium, cum successerit in locum Rectoris ecclesiæ, nihil est. Primo, quia istud est quod disputatur, an successerit in locum Rectoris. Hoc enim pendet ex validitate vel inualiditate prouisionis Apostolicæ: si prouisio sit nulla, prout est, quia non est facta mētio de vnione, vt per Felin. *in c in nostra. num. 23. de rescript. cum aliis quæ alias adduxi.* Sequitur non successisse in locum Rectoris.

Igitur hoc non erat supponendum Domino Aduocato.

Deinde, quia quilibet dicitur tertius, excepto capitulo, secundum Rotam *in dicta decision.* 133. in cuius facti specie similiter prouisus Apostolicus pro tertio reputatur.

Deniq; id quod dicitur, istam exceptionē requirere altiorem indaginem, nil mouere debet. Nam cum in iure consistat, & pro illa extet decisio Rotæ Romanæ optimis rationibus munita, nec aliud in contrarium releuans adferatur, res videtur liquida & clara, non autem altiorem indaginem requirere: alioqui authoritas Rotæ Romanæ non esset in tam excelso loco posita, sicut passim Doctores asserunt, & experientia docet rerum magistra, & alias deduxi.

Venio ad tertiam responsionem, quæ in alia scriptura continetur, & quia in ea iterum allegatur vnionem istam factam non fuisse ex iusta causa, & totum contrarium patet ex decreto & processu facto super ipsa vnione, non insistam latius in hoc confutando, ne tam sæpe dicta repetam.

Secundo igitur loco dicitur vnionem in casu nostro esse nullam, ex defectu consensus Capituli.

Nec obstare præscriptionem temporis immemorialis, quia lex ad hoc resistit, *vt habetur in Clement. 2. de rebus eccles. non alien.* & ibi Gloss. Chassan. *consil. 66. numer.* 38. Paris. *consil. 27. num. 53. libr. 1* Gabriel. *de præscript. conclusion. 1. num. 27.* declaratio Concilii cuius copia datur.

Replicatur, imo obstare præscriptionem temporis immemorialis, secundum communem opin contra Gloss. *in dict. Clem. 2.* vt per Balb. alias citatum *in 5. parte. quæst. 17. de præscript.*

Ad authoritates Chassanei, Parisii & aliorum, aduertendum est, quod nihil aliud dicunt, nisi præscriptionem † etiam immemorialem sublatam esse, 16 quando lex reiicit quamcunq; præscriptionem.

Quod in casu nostro non obstat: Primo, quia text. *in d. Clem. 2.* dum reiicit quamcunq; consuetudinē in contrarium, non loquitur de vnione facienda sine consensu Capituli, sed illa verba referenda sunt ad vltimam partem text. vt alias deduxi, in fine priorum mearum responsionum.

Secundo, quia contra supradictos est communior sententia, quod vna reiecta quacūq; consuetudine, non intelligitur reiecta consuetudo temporis immemorialis, vt per Mascard. *d. p obseruationib. vol. 3. concl. 1371. numer. 45.* & per ipsum Gabr. *dict. numer. 27. versic. contrarium.*

Et pro hac sententia text est cum Gloss. *in Auth. vt de cætero commutatio. rer. eccles.* & ibi Angel. *num. 1.* Alex. *cons. 60. circa fin. libr. 4.* Felinus *in rubric. de præscription. num.* 18.

Ad declarationem Illustrissimæ congregationis, respondeo eam intelligi debere secundum terminos iuris communis, quo attento, vt præsupponit concilium, necessarius est consensus capituli, sed non per hoc tollitur præscriptio, neq; operatur huiusmodi nullitas, proueniens ex defectu consensus capituli, vt opponi possit à tertio, & non tantum à Capitulo, quemadmodum est de iure communi.

Adducitur præterea in dictis responsionibus Dn. Aduocati, non probari per scripturas præscriptionem immemorialem, ex traditis per Puteum. *decis. 209. libr. 2.*

Replicatur, Puteum loqui de verbis enunciatiuis instrumenti, ex quibus pars volebat probare vnionem factam, & ex illa præscriptionem immemorialem. Vnde dicit Puteus, quod in illa materia vnionis, quæ videtur odiosa, verba enunciatiua non probant, licet alias in antiquis probent.

At in casu nostro non est quæstio, an vniones probentur factæ ab Illustrissimo Domino Archiepiscopo, seu Reuerendissimo illius vicario, per aliqua verba enunciatiua instrumenti, sed per verba dispositiua, hoc est, per vniones frequentissime factas absque consensu Capituli, vt patet ex processu. Ideo nihil obstat.

Postea idem Dominus Aduocatus deducit requisita ad probandam præscriptionem immemorialem, quæ non est opus confutare, quia dicimus illa omnia requisita concurrere in præsenti casu, vt videri poterit ex processu.

Tandem respondit *ad dec.* 133 Rotæ *in 2. part.* illam loqui in casu diuerso; quia ibi Capitulo suffragabatur illa vnio, eiusq; intererat vt valeret, quia eximebatur ab onere fabricæ.

Replicatur Rotā non ponere suam rationē in hoc fauore capituli, sed in aliis rationib. quæ optime deseruiunt in casu nostro, vt latius dixi s. nec repeto.

Secundo resp. non esse opus in casu nostro quod opponatur talis exceptio, cum adsit decretum irritans, quod inficit titulum & possessionem.

Replicatur, quod etiam quando adest decretum irritans, requiritur exceptio, & quod pars velit vti decreto, vt tradunt infiniti à Gabrielio congesti, inter quos sunt decisiones Rotæ Romanæ *titul. de clausulis. conclus. 3. numer. 13.*

Sed omissis generalibus habemus expressam Rotæ decisionem, *dict. decis. 133.* quod in terminis vnionis requiritur hoc, vt capitulum alleget nullitatem, & quod nullus alius possit eam allegare.

Sequitur quarta responsio alterius aduocati, quæ continetur separatim in alio scripto.

In qua omissis minus substantialibus respondetur *decision.* Rotæ 133 non obstare, quia ibi constabat de consensu capituli.

Secundo, quod Oldrad. *consil 162.* ibi allegatus, hoc non dicit, & plures tenent hanc partem, relati à Vantio. *titul. quis possit dicere de nullitate. numero nono.*

Replicatur, Rotam *in dicta decisione* 133. multis modis respondere ad illam nullitatis exceptionem, ex defectu consensus Capituli requisiti, in vnione.

Inter alias responsiones hanc attulisse, quod adfuerit consensus Capituli, sed ista non facit ad rem nostram, nec in ista parte fundatur argumentum nostrum.

Verum in alia separata responsione qua dicitur, *ibi numer.* 10. tertium allegare non posse nullitatem istam ex defectu consensus Capituli, sed solum Capitulum.

Nam sic argumentum sumitur, posito, quod non interuenerit consensus Capituli, nihilominus Rota decidit vnionem subsistere, quia tertius non potest allegare istam nullitatem, & hic est casus noster.

Quod attinet ad Oldrad. is licet hoc non dicat in *allegato consi. io 162.* tamen dicit *in consilio 182. in fine.* & Rota *ibi* alias rationes præter Oldrad. adducit, quæ sunt verissimæ.

Quod vero ex Vantio deducit, multos contrariũ tenere, scilic. quod tertius possit dicere de nullitate alienationis rei ecclesiasticæ, etiam ecclesia tacente, nihil obstat. Primo. quia repugnant authoritas Rotæ & aliorum Doctorum in contrarium, quibus magis deferendum est quam Vantio.

Secundo, quia allegata per Vantium locum habere possunt in alienatione nulla, & simul damnosa ecclesiæ, vt singulas authoritates à Vantio citatas considerando, ego alias late deduxi in priorib. meis scriptis. quæ cum videri possint, non sunt hic frustra repetenda.

Quod vero attinet ad immemorialem præscriptionem, dicitur ex aduerso hoc requirere altiorem indaginem, & non valere præscriptionem, ex Gloss. *in dict. Clement. 2. de rebus ecclesi. non alien.*

Sed replicatur istam præscriptionem immemorialem esse probatam † in actis, & processu huius 18 causæ; & ideo iam notorie ea liquere, cõsequenter non requirere altiorem indaginem, quia quando exceptio notorie ex actis constat, non dicitur requirere altiorem indaginem, ac propterea impedit executionem rei iudicatæ, vt per Alexand. & Ripam *in l. 4. § cond. mnatam. de re iudic. num. 15. versi. ul secundo aduerte.*

Restat vltima responsio quæ cõ inetur in alia scriptura. in qua etia in effectu adducuntur.

Primum, nõ valere præscriptionem, quod Episcopus possit alienare sine consensu Capituli, & aliis solemnitatibus de iure requisitis.

Sed hoc facillime tollitur, quia Doctores allegati non loquuntur in præscriptione immemoriali, quæ habet vim priuilegii à S. Pontifice concessi, & valet in terminis nostris, ad effectum vnionis faciendæ absq; consensu Capituli, vt iam deduxi ex communi opin. de qua per Balb. *d. qu. 17. in 5 part. de præscript.*

Secundum, quod attinet ad dictam *decision.* Rotæ 133 *num.* 10. illam non obstare, quia incidenter hoc dicit.

Secundo, quia non probatur per authoritates allegatas.

Tertio, quia Vantius & alii contrarium dicunt.

Replicatur, Rotam hoc dicere nõ incidenter, sed principaliter, cum hoc vtatur argumento, præter alia adducta. & illud valde copiose & serio confirmet rationibus & authoritatibus.

Item replicatur probari per authoritates allatas Oldradi & aliorum, nec esse corruptum Oldrad. locum *in consil. 182. in fi.* quia clare dicit, solum capitulum allegare posse dictam nullitatem, & hac responsione vtitur ibi Oldrad quam secuta est Rota.

Ad contrarias authoritates Vantii & aliorum, iam sæpe respondi & ostendi, non habere locum, nisi in alienatione ecclesiæ damnosa: vt late singulis authoritatibus adductis à Vantio respondi, & ita loquuntur alii præter Vantium citati, nec aliter intelligi possunt, vt iura iuribus concordentur & opiniones Doctorum concilientur, quarum vna est, quod nullitas ab ecclesia tantum allegari possit. Altera, quod etiam à tertio. Prior opinio locum habet in alienatione nulla, & simul damnosa ecclesiæ. Altera in alienatione tantum nulla & non damnosa, quæ est casus noster.

Vltimo adducitur argumentum de reseruatione beneficii. quo casu vnio nihil obstat.

Sed iam respõsum est in priorib. scriptis meis, non habere locum post Concilium Tridentinum.

Nec Rota *in 2. parte nouiss. in practicabilibus. titul. de vnione. numero duodecimo* quicquam firmat super hoc; tantum abest, vt dicat illud ad quod allegatur.

Andreas Fachineus Pisis, nomine Collegii.

Pro Antonio Piamontesio Pisano.

Argument. Consilii LXXXVIII.

De amissione sarcinæ culpa eius, qui ad locum perferre debebat, quod is teneatur.

Summaria.

1. *Amissio rei probanda est ab eo cui consignata fuit.*
2. *Amissionem contigisse casu fortuito probari debet.*
3. *Casum quando probari debet citra culpam accidisse, & quando non.*
4. *Casum fortuitum probari debet ab eo qui allegat.*
5. *Mandati actione tenetur, qui rem accepit ad aliquem locum perferendam.*
6. *Mandatarius tenetur de dolo, lata, leui & leuissima culpa.*
7. *Culpa leuis præsumitur in eo, qui rem perferendam amisit.*
8. *Culpa vbi præcessit, quis tenetur de casu fortuito.*
9. *Iuramento non potest probari amissio.*

R eo-

Reuerendissime Pater.

QVoniam ex facto ius oritur, conatus sum in præsenti causa Antonii Piamontesii de Bati, contra Dionysium de Isolettis veritatem facti ex processu colligere, & ex eo ius in fauorem Antonii perspicuum deducere.

Veritas facti hæc est, quod tempore, de quo in actis, cum equitaret dictus Antonius pro negocio Serenissimæ M. Ducissæ, & haberet secum in sacculis vulgo dictis, *le bisaccie*, in vna parte aureos 59. & aliquot lib. & ex altera pallium, qui aurei 59. ei superfuerant ex maiori summa soluta operarii Orizariæ. Cumque secum haberet Angelum famulum suum, & dictum Dionysium reum conuentum, animo Pisas veniendi ac redeundi, cum esset in via, deliberauit præmittere Pisas famulum suum ad Magnificum Dn. Camillum de Fraschettis, & quia dictus eius famulus habebat dictos sacculos, in quibus erant pecuniæ & pallium, consignauit hæc omnia ipsi Dionysio præsenti & acceptanti, super equo suo, vt vulgo dicitur, *in groppe del Cauallo*.

Hac facta consignatione, dictus Dionysius equitabat retro post ipsum Antonium & alios. Verum cum per aliquod temporis spatium sic equitasset, processit ante ipsum Anton. quem cum Antonius vidisset, statim animaduertit ipsum Dionysium, nō habere secum in equo dictas bisaccias. Ideo illi hoc dixit Dionysio, *doue sono le bisaccie*, ipse respōdit *le ho perse*. Reuersi sunt retro & quæsierunt dictas bisaccias, sed non inuenerunt.

Istis sic stantibus, præfatus Antonius conuenit in iudicio dict. Dionys. petens eum condemnari ad restituendum dictas bisaccias, cum pecuniis & pallio, siue eius æstimatione & precio.

Probauit per duos testes contestes, qui erant præsentes ad omnia superius per me narrata, sicut videri potest ex processu.

Probauit quantitatem pecuniæ expressam fecisse in bisacciis nec non pallium.

Item probauit consignationem factam Dionysio, & acceptationē eius, & totam historiam ad vnguem, quam supra narraui.

Contra vero d. Dionysius nihil aliud probauit in contrarium, sed tātum testes induxit, qui deponunt de bona fama & conditione ipsius.

Istis non obstantibus, primus Iudex à quo, absoluit d. Dionysium à petitis per d. Antonium.

A cuius sententia dict. Antonius appellauit, & in causa appellationis articulauit & approbauit, dictū Dionysium fuisse in culpa amittēdo dictas bisaccias, quia homines diligentes etiam mediocriter non amitterent talia sibi consignata super equo, præsertim cum quis super huiusmodi bisacciis insideat equitando, adeo, quod nisi plane sit negligens, nunquam amitteret.

Contra ipse produxit testes, & probare conatus est fieri posse, vt contingat huiusmodi casus amissionis.

Sed nihil plane articulauit vel probauit, q̄ ipsum à culpa saltem leui redderet immunem.

Quæritur nunc quæ sint partes Reuerendissimæ D. V. in referēdo. Et puto saluo meliori iudicio absq; vlla prorsus hæsitatione, partes esse in referendo, male fuisse iudicatum, & bene appellatum, & d. Dionysium esse condemnandum iuxta petita, per Anton. actorem in libello.

Et ad hoc dicendum ac respondendum moueor primo, quia probata est in processu concludenter per duos testes contestes: de visa cōsignatione dictorum sacculorum, cum pecuniis & pallio intus existentib. facta dicto Dionysio: Ergo ipsi Dionysio incumbit onus probandi amissionem casu fortuito factam, q̄ minime probauit, imo ne articulauit quidem, quod amissio probanda sit ab eo, cui res † est consignata, 1
textus est *in l. si creditor. C. de pign. act.* Corneus qui de commun. testatur *in cons. 118. numer. 4. lib. 4.* vbi quod plene debet probari amissionem casu contigisse: nec statur iuramento ipsius, & ibi Corneus loquitur de mulione, qui dicebat se amisisse sacculum argenti receptum à mercatore alteri deferendum, cecidisseq; de mulo in itinere, & deperditum, refert & sequitur Cagnolus *in l. contractus. num. 69. de reg. iur* alios infinitos pro hac sententia adducit Mascard. *de probat. vol. 1. conclus. 87 per totum.*

Secundo, quia vbi constat pecuniam ad aliquem peruenisse, vt in casu nostro manifestum est per duos testes, is qui allegat amissionem, tenetur † etiam probare illam contigisse casu fortuito absq; sua culpa, alias condemnandus est, vt bene declarat & probat Mascard. *vbi supr. num. 2.* 2

Et res est certa secundum distinctionem Bart. *in l. si quis ex argentariis. §. an vero. nu. 4. de edend.* nam sic distinguit Bart. aliqui † sunt casus qui non facile euenire possunt sine culpa, & tunc præsumitur culpa, nisi probetur casus fortuitus, veluti est furtum, incendium, & similes casus. 3

Aliqui sunt casus qui facile euenire possunt sine culpa, veluti vis hostium, impetus aquarum, & similes, & tunc præsumitur casus & non culpa.

Hæc distinctio Bartol. communiter recepta est, vt per Iasonem *ibi num. 29.* per Turzan. *commun. opin. 185. numer. 14. & 15.* late alios citans Mascard. *volum. 1. de probation. conclusion. 272. num. 6. 7. 8. & sequentib.* vbi infinitos allegat & testatur de commun. sed negari non potest, quando in casu nostro versemur in primo membro distinctionis Bartoli, quia non facile potest euenire, vt cadant ex equo tales sacculi super quibus insidemus equitantes sine nostra culpa & negligentia, vt patet ad sensum.

Tertio, quia casus fortuitus est quid facti: ergo probandus est † ab eo, qui illum allegat pro sua defensione. Bart. *in dict. l. si quis ex argentariis. §. an vero. numer. 2. de edend.* Bald. *consil. 476. factum tale est. numero secundo. libr. 1.* Aretin. *consil. 83. num. 11.* Paris. *consil. 116. num. 2. 3. lib. 4.* Socin. Sen *consil. 24 num. 4 libr. 1.* Masc. alios adducens *volum. 1. dict. conclusion. 272. numer. 1. 2. 3. & 4.* 4

Quarto moueor, quia dict. Dionysius acceptando bisaccias super equo, vt eas perferret Pisas, tenetur actione † mandati, *text. est in l. g. prima. §. si tero-gauero ff. depo.* vbi text. hoc dicit clare, & Bartol. hoc summarium ponit: Cui datur res perferenda, tenetur mandati. 5

Mandatarius autem † tenetur de lata, leui & leuissima culpa *l. a procuratore C. mandati.* Corn. *cons. 61 incip. Nicolaus & Petrus. sub nu. 3. in subscriptione libr. 1* Parisius alios adducens *in cons. 123 nu. 4. lib. 1.* 6

Sed absq; leui culpa non potest res amitti † in itinere ab eo, qui eam perferendam accepit in equo, vt post Corneum *d. cons. 318. sub num er. 4. libro 4.* dicebat Cagnol. *in dict. l. g. contractus. numer. 69. de regul. iur.* 7

Ergo iste Dionysius qui bisaccias recepit perferendas, fuit in leui culpa, & per consequens tenetur ad restitutionem.

Confirmatur hoc ex testibus examinatis in causa appellationis qui deponunt, quemlibet mediocriter diligentem equitando nō amissurum tales bisaccias, quas super equo habuit, & cadere non posse absque culpa insidentis & equitantis.

Ergo fuit in culpa saltem leui, quia deuiauit ab ea diligentia, quam homines diligentes adhibuissent in simili negocio, iuxta definitionem Bart. & aliorum, *in l. quod nemo. ff. depos.*

8 Data vero † culpa, non est dubium, quin de casu fortuito quis teneatur. *l. si vt certo §. sed interdum. leg. in reb. § 1. ff. commod. cap. 2. de depos. c. 1. de commod.* Crau. *cons.* 64. *num* 5. & alij quos congessit Surd. *consil. 12. numer.* 58. *libr.* 1.

Et cum teneatur dictus Dionysius ex contractu mandati, *vt supr. dictum est* non potest iuramento probare amissionem contigisse sine culpa sua; quia quādo quis vult se excusare propter casum fortuitum ei

9 cui tenebatur ratione contractus, non † potest solo iuramento probare casum fortuitum, licet secus aliquando sit, quando non tenetur ex contractu, vt per Mascard. *dict. conclus. 271. nu. 16. lib. 1.*

Andreas Fachineus Pisis nomine collegi.

Pro Dn. Iacobo Compagno.

ARGVMENTVM CONSILII LXXXIX.

De statuto Pisano prohibente vxorem relinquere, vel donare viro & cognatis eius, de quo alias supra in eadem causa.

SVMMARIA.

1 *Statuti Pisani ratio, quo vxor prohibetur viro relinquere & è conuerso.*

2 *Interpretatio extensiua fit, ne fraus fiat legi vel statuto.*

3 *Statutum Pisanum ne vxor donet vel relinquat &c. est fauorabile.*

4 *Cessante ratione legis in vno casu, non cessat lex.*

5 *Statutum Pisanum, ne vxor donet vel relinquat viro, &c. operatur, vt nec per fideicommissum relinquere possit.*

6 *Statutum Pisanum, ne vxor donet, &c. obligat etiam in foro conscientia.*

Excellentissime Domine.

Legi ac diligenter consideraui, quæ docte, subtiliter, & eleganter in causa Dn. Iacobi Compagni dubitandi gratia scripta fuere ab excellent. D. V. & licet non ignorem, eidem nota esse quæ ego pro solutione dicturus sum, propter iam diu perspectam eximiam ac singularem iuris, vt & aliarum bonarum artium peritiam, nolui tamen committere, vt studium ac diligentiam hac in re meā, mihi charissimus clientulus desideraret. Ordinis igitur & lucis gratia ex doctissimis E. D. V. scriptis argumenta breuiter deducā, eaq; confutare conabor, ipsa vero supplere dignabitur in iis quæ mihi deerunt. *iuxt. tit. C. vt quæ desunt aduocatis &c.*

Primum itaq; argumentum est ex eo, ꝙ statutum Pisanum vetans donari vel relinqui vxori & consanguineis eius, vsq; in tertium gradum, debet recipere omnes interpretationes & limitationes, quas recipit ius commune, prohibens donationē inter virum & vxorem: & ideo sat erit (inquit) statuto satisfactum in casibus suis, vt iuri communi in suo, si qualibet alterius coniugis in alium, vel eius proximiores affines, liberalitate non efficiatur penitus inops, vt vel ipse donatione inter viuos, vel per actum vltimæ voluntatis ii bonis exspolientur, qui etiam viuēte rerū suarum, quasi Domini reputantur, vel qui agnationis respectu ius in facultatibus agnatorum publico fauore attento habere reputantur: quorum cū neutrum militet in casu nostro, dicendum videtur licuisse testatori relinquere affini vxoris suæ, eo modo, quo sibi quodammodo de prole sua gentilitati, tam apte & apposite prospexerit.

Respondeo optime militare statuti Pisani rationē in casu, de quo agitur, quia illa fuit ratio † d. statuti, 1 quatenus prohibet relinqui cōsanguineis vxoris vsq; ad tertium gradum, ne legitimi heredes qui ab intestato vocantur ad hereditatem mariti, excluderētur per huiusmodi relictum factum coniunctis vxoris, vt dicebat Alba. loquens de hoc statuto Pisano *in consil.* 88. *nu.* 2. dum dixit rationem huius statuti fuisse, ne mutuo amore coniuges se inuicem spoliarent *heredes suos.*

Eandem rationem adduxerunt in terminis huiusmodi statuti, Barb. *cons. 23. col. fin. lib. 4.* Ripa *in l. 2. n. 14. de leg. 1.* Plot. *cons. 54. n. 19.* Crot. *in rubr. de acq poss. nu. 34.* Socin. Iun. *in rub de leg. 1 n. 115.* Crau. *in Induct Consilii pro genero. vers. causam in specie.* Petr. Pechius *de testam. coniugum. lib. 4. c. 1. nu. 6.* Alciat. *cons. 126. & lib. 2. de verb. sig. nu.* 27. Menoch *cons. 11. nu. 4.*

Hæc ratio aperte militat in fauorē D. Comp. quia ipse est heres proximior testatoris, qui excluderetur, si valeret ista dispositio facta in fauorem D. Casiniani coniuncti ipsius testatoris vxori, in tertio gradu.

Secundum argumentum est, quia hoc statutū est exorbitans, iuris communis correctorium & odiosum, consequenter stricte interpretandum ac restringendum in suo casu ꝑciso, & hoc posito argumentatur à ratione statuti cessante, hoc modo. Cessante ratione statuti, debet cessare etiam statutum, secundum iura vulgaria.

Sed in casu nostro cessat ratio statuti: ergo &c.

Probatur minor: nam hic instituendi modus antiquissimus est, & valde fauorabilis, & adoptioni ꝓximus: Sed adoptati transeunt in familiā adoptantis, ergo cessat ratio statuti. Nā qui prius erat incapax vti affinis vxoris per statutū, iam effectus est capax ꝑ hoc genus adoptionis, quo ex familia Catinianorum, transit in familiam de Sancto Cassiano.

Respōdetur multis modis: & primo negādo illam minorem, quod in casu nostro cesset ratio statuti.

Nec obstat id, quod dicitur pro confirmatione ipsius minoris, videl. hunc affinem vxoris testatoris, qui erat incapax ex dispositione statuti, factum esse capacem ex dispositione testatoris, quæ videtur esse quædam adoptio.

Nam hoc esset verum supponendo, quod hæc dispositio testatoris valeret in præiudicium veniētium ab intestato, & contra statuti dispositionem. Sed hoc supponi non potest, cum sit illud de quo disputatur.

Nos dicimus non valere, quia cum quid vna via prohibetur, non debet per alteram concedi, *c. cū quid vna via. de reg. iur. lib. 6.* Nec debet fieri fraus statuto, & ideo in terminis huius nostri statuti recepta est conclusio à Dd nostris, faciendā esse † semper interpre- 2 tationem, vt fraus euitetur. Hinc est vt maritus vxori relinquere prohibitus in vltima voluntate non

non possit donare causa mortis ne statutum reddatur elusorium. Ripa *in l. 2. numer. 14. de leg. 1.* Hinc docuit Iason *in leg. non dubium. num. 47. Codic. de legib.* post Ioan. Andream & Alberic. quod vt fraus hæc euitetur, vir non posset relinquere vxori, vt tanquam executrix testamenti distribuat bona inter pauperes, & idem Iason *in leg. vltim. numer. decimoseptimo. Codic. de fideicommiss.* Alexand *consil. 57. numer. 10. libr. 2.* Menoch. *consil. 11. num. 11. lib. 1.* Gallia *in versic. legare. quæst. 2. num. 19.*

Et hæc est generalis regula & doctrina, quod semper facienda est interpretatio, etiam extensiua in correctoriis, ne statutum reddatur elusorium, vt per Ripam *in l. si constante. num. 73. ff. sol. matrim.*

Sed hac licentia data coniugi, vt possit ita relinquere coniunctis vxoris, sicut in casu nostro factum est, facile eludi potest statutum, vt patet ad sensum, quia quilibet poterit hanc viam eligere, & sic relinquere, ergo ne statutum reddatur elusorium, dicendum est, hoc permissum non videri.

Secundo, quia hic non cessat ratio statuti Pisani. Nam si ratio statuti est fauor venientium ab intestato, per hunc modum & viam excluduntur ab hereditate, vt patet.

Si vero ratio statuti est, ne maritus blanditiis vxoris inducatur ad priuandum legitimos heredes successione sua, proculdubio aperta est via vxoribus inducendi maritos ad sic relinquendum suis coniunctis, in præiudicium legitimorum heredum.

Nec videtur mihi necessaria disputatio, an istud statutum sit fauorabile vel odiosum, quanquam secundum opinionem Bartoli, quæ magis communiter recepta est, vt testatur Gallia. *loco citato.* in dubiis est fauorabile.

Nam siue sit fauorabile, siue odiosum, siue correctorium, siue limitatorium, seruãdum est, & facit ius commune in ciuitate Pisarum. *l. omnes populi de iust. & iure* & ideo etiam in casu nostro seruandum videtur: nec in potestate testatoris esse debet, ne leges habeãt locum in suo testamento *l. nemo potest. de leg. 1.*

Nec obstat quod dicitur, hoc statutum videri inhumanum & durum, cum auferat hominibus post liberam testandi facultatem: quia si consideretur principalis intentio statuentiũ, quę fuit obuiare fraudib. & fallaciis vxorum, & prouidere ne legitimi suc-
3 cessores hereditate priuarentur, debet † iudicari iustum & æquum, ac fauore dignum: sicut bene deducit Gallia *in præfatione statuti.* Alexand. 7. num. 7. 8. 9. *& seqq. vsq; in finem.*

Nec refert quod non omnes Dd à Gallia citati loquantur in casu, quo agitur de fauore venientium ab intestato, quia principalis intentio statuti consideratur à Doctoribus nostris, & ex ea concluditur esse fauorabile, cum occurratur dolis & fraudibus, & ne legitimi successores bonis priuentur, vt videre licet ex ipsis. Nam mihi videtur satis clare, hanc rem ita explicare.

Dixi etiam alias, & nunquam ad hoc responsum
4 vidi, quod cessante † ratione legis in vno casu, particulari, non tamen cessat eius dispositio *l. 1. ff. de minor.* Tiraq. *tract. cessante causa. limit. 32.*

Sed hoc ex abundanti dictum volui, quia hic militat ratio statuti, vt patet ex supradictis.

Tertium argumentum est, quia D. Casinian. coniunctus vxoris testatoris, non fuit institutus in primo gradu, sed substitutus, & quidem post fratrem testatoris & eius progeniem. Ergo non videtur hoc in casu militare statuti ratio, quæ fuit, ne viri blanditiis vxoris inducerentur ad priuandum suos, &c. quia sunt instituti consanguinei ipsius viri, in primo loco.

Respondetur stante huiusmodi statuti dispositione non potuisse testatorem instituere vel substituere directo, vel per fideicommissum coniunctos vxoris suæ, si enim id ei permissum esset, fieret fraus statuto, & quia verba statuti generalia & clara hoc important, vt neq; immediate, neque mediante alio, nec directe, nec per † fideicommissum quicquam relinqui possit huiusmodi personis, vt bene declarat Gallia *in verbo, legare quæstion. 1. 2. 4. & 5.* vbi citat iura, rationes & authoritates, quas non transcribo, cum videri possint. 5

Et licet illa dispositio, quæ facta fuit in fauorem fratris testatoris & eius filiorum, ac descendentium valuerit, & in ea cessauerit statutum, omnisque doli & fraudis, ac illecebrarum vxoris suspicio, tamen in altera parte, in qua continetur substitutio Dn. Casiniani, qui vxori testatoris coniunctus est, intrat optime dispositio statuti, quoad verba, & quoad mentem, & quoad rationem eius.

Quoad verba: quia verbum *relinquo*, quo vtitur statutum comprehendit fideicommissum, tam particulare, quam vniuersale, vt declarat Gallia. *vbi supra.* quoad mentem: quia hæc fuit mens statuentium, ne excluderentur legitimi heredes per blanditias vxorum. Hic autem excluduntur legitimi heredes, si non à primo gradu, saltem à secundo: & sic militat ratio statuti, & cum testator substituerit coniunctos vxoris suæ, & non po ius venientes ab intestato, credendum est, inductum fuisse ad hoc faciendũ blanditiis vxoris, & satis est id accidere potuisse, vt inferri possit militare statuti rationem.

Nec statutum hoc respicit duos diuersos effectus contra ius commune, sed vnum tantum, ne videlicet legitimi & proximi heredes ab intestato excludantur, qui quidem effectus in casu nostro resultaret manifeste, si valeret illa substitutio facta in fauorem Dn. Casiniani, coniuncti vxoris testatoris, ad exclusionem Domini Compagni, qui est proximior & ab intestato vocatus, ad hereditatem testatoris.

Cum igitur habeamus decisiones speciales, ac vt nostri loquuntur in terminis terminantibus, non videntur attendendæ rationes generales, licet docte & ingeniose inuentæ & excogitatæ.

Vltimum argumentum est, quia hoc statutum videtur irrationabile, ex multis causis docte & erudite allatis; ac proinde omni cautela possibili illius dispositio debet eludi, præsertim vero quando non tendit principaliter ad illud eludẽdum, vt in casu nostro, in quo principalis intẽtio testatoris fuit conseruare nomen familiæ, & nihil vxori reliquit, omniaque bona vinculo fideicommissi subiecit, vxoris affinem in secundo gradu vocando, prout fecit, &c.

Respondetur, aliter in hac specie atq; in terminis statuti huius Doctor. nostros loqui. In primis dicunt illud esse iustum & fauorabile, vt obuiã eatur fraudibus & † dolis, vt per Galliam *in præfatione 4. num. 4. & num. 29.* vbi quod obligat etiam in foro conscientiæ, *& præfat. 7.* 6

Item quod non debet aliqua cautela eludi, *vt per eundem in ver. legare. qu. 2. num. 19.*

Non obstat quod hæc cautela non tendat principaliter, ad priuandũ venientes ab intestato, & ad eludendam statuti dispositionem, quia hoc non possumus diuinare, cum testatoris animus nobis non sit

 notus,

notus, satis est nobis intelligere, quod hæc esset cautela per quam eluderetur huius statuti dispositio, quia quilibet posset, si non in primo gradu, saltem in secundo vxorem vel eius cõiunctos vocare ad hereditatem vel fideicommissum, adiiciendo onus ferendi nomen & insignia familiæ, quod certe non est ferendum, cum id repugnet verbis & menti statuti, secundum communes & receptas Doctorum interpretationes, à quibus in iudicando non videtur recedendum, secundum iura vulgaria.

Concludo, verba statuti esse in fauorem D. Compagni, & Dd. interpretationes & declarationes super huiusmodi statuto, ac propterea pronunciandum esse male iudicatũ, & bene appellatum pro parte ipsius, non obstantibus dubiis docte & subtiliter excitatis.

Andreas Fachineus Pisis, nomine Collegii.

Pro Dn. Sartiis Bononiensibus.

ARGVMENTVM CONSILII XC.

De testamento non publicato, an valeat.

SVMMARIA.

1 *Publicationis testamenti defectus est solennitatis, non voluntatis.*
2 *Sed contra.*
3 *De eodem.*
4 *De eodem.*
5 *Referenti non creditur, nisi quatenus apparet in relato.*
6 *Testamentum non publicatum, non valet.*
7 *Testamentum non publicatum, an possit probari per testes.*
8 *Testamentum, quando sit imperfectum ratione voluntatis.*
9 *Testamentum non est imperfectum, quando probatur per testes, licet non fuerit publicatum.*
10 *De eodem.*
11 *Testamenti tenor probatur per testes.*
12 *Testium mors æquiparatur amissioni testamenti.*
13 *Testamentum amissum qualiter per testes probari possit.*
14 *Testes debent esse omni exceptione maiores, quando minor numerus eorum sufficit.*
15 *Testes ad perpetuam rei memoriam, vt examinentur partis citatio requiritur.*
16 *Actum faciens, intelligitur eum facere secũdum naturam suam.*
17 *Scriptura quando sit de substantia testamenti.*
18 *Oldrad. consil. 119. declaratur.*
19 *Testamentum non publicatum non valet.*
20 *Oldradi consil. 119. iterum expenditur.*

Excellentissimi Domini.

DVbiis doctissime excitatis in causa testamenti Bononiensis, contra Dn. Actrices ordine, quo eleganter scripta sunt, respõsiones accommodabo, ea maiori, qua fieri poterit breuitate & claritate.

Primo dicitur non esse curãdum de publicationis
1 defectu, quia† solennitatis est non voluntatis, & notarium respicit non testatorem, & satis esse probare per testes, ipsum testamentum secundum cõmunem, de qua per Zunth. *in consil. pro vxore. nu. 504. & decis.* Rotæ 173. *in 2. part. in nouiss.*

Respondeo multis modis, & primo hanc non esse veram, nec communem opin bona pace D. Zunthii, compatris mei, cuius authoritate id Rota asseruit in allegata decisione, quia vbicũq; testator in cõficien-
do testamento † notarium rogauit, & vocari fecit ad 2
scribendũ testamentum. Tunc. n. donec scriptum testamentum lectum fuerit coram testatore & testibus, imperfecta est eius voluntas, & ideo nec testibus probari poterit: cum ex lectionis defectu præsumatur voluntatis imperfectio. Hæc sunt verba Cou. *in c. relatum. nu. 11. vers. vel aliter potest intelligi.* adducens Bald. Castr. Ruin. & alios, qui quidem Ruin. *in consil. 1. nu. 21. lib. 3.* hoc optime declarat & dicit de communi.

Et licet idem Ruin. *consil. 1. n. 21. lib. 2.* quem Rota citauit, dixerit, publicationis defectum non obstare, quando testamentum per testes probatur.

Tamen idem Ruin. *consil. 12. n. 16. lib. 2.* aperte distin-
guit, vtrum notarius † fuerit rogatus à testatore (vt in 3
casu nostro) ad conficiendum instrumentum testamenti, vel non fuerit rogatus à testatore, sed à tertio: Primo casu concludit testamentum esse inualidum ob defectum publicationis. Secundo vero casu valere, si per testes probetur.

Nec suffragatur D. Zunth. quod scribit idem Cou.
in d. c. relatum. n. 11. vers. tertia conclusio. quia † ibi loqui- 4
tur ex sententia Castr. *consil. 307. lib. 1.* & Ruin. *d. consil. 1. n. 21. lib. 2.* de quibus infra loquemur, nec dicit Couarr. hanc sententiam esse communem, prout forsitan arbitratus fuit. Dn. Zunth. sed dicit communiter Dd. sequi Gloss. *in l. hac consultissima. §. sed quia. C. qui testam. fac. poss.* quę dixit testamentum à notario scriptum coram sex testib. licet imperfecta sit scriptura, cum non habeat numerum 7. testium, posse tamẽ probari per sex testes, vna cum notario: sed hoc non est quæstio nostra, an scil. probari possit per testes testamentum, quod testator voluit per notarium scribi & publicari, & non est publicatum.

Et ideo cessat hoc in casu authoritas Rotæ, quæ alioquin magna est, quia refert se ad Zunth. attestantem de communi, is autem non probat quod asserit, scil. hanc esse communem sententiam, quod possit hoc in casu probari testamentum per testes, & sic locus est
regulæ, non creditur † referenti, nisi quatenus appa- 5
ret in relato. Authentic. *si quis in aliquo. Cod. de edend.* & dictum Doctoris debet intelligi secundum legem, quam allegat Bartol. *in leg. non solum. §. liberationis. de lib. leg.*

Et quod non sit cõmunis opinio, quod testamentum confectum per notarium rogatum à testatore possit probari p testes, & sic valeat, quoad extraneos quando non est publicatum, si per testes probetur, ostendo manifeste. Nam quod non valeat testamentum, non relectum & publicatum, quoad extraneos, licet testes deponant se audiuisse (quicquid sit inter
libetos) aperte † dicit Castr. *in l. si is qui. sub n. 3 ff. de test.* 6
ibi *si autem testes fuerint præsentes, & in ipsorũ præsentia testator dictauit testamentum, debes scire, quod istud non sufficit, imo expedit, vt notarius postea totam legat scripturam, & interroget testatorem, an ita velit, & in isto casu inter liberos & ad piam causam, si testes deponant se audiuisse valebit: licet non fuerit relicta scriptura, quantum vero ad extraneos non valebit.*

Castrensem sequitur Ruin. dicens hanc esse magis communem opinionem *in d. consil. 1. n. 21. lib. 3.*

Idem tradit D. Cæphal. *consil. 409. n. 16. lib. 3.* vbiloquens de publicationis defectu dicit hæc verba: *secus quoad extraneos, quia talis defectus noceret etiam testib. probata voluntate.* Et idem per omnia respondit Catto Saccus *inter consil. vlt. voluntat. vol. 1. consil. 122. numer. 9.* qui loquitur in terminis iuris communis, referendo verba ipsa Castrensis supra citati.

Non

Non video igitur quo modo sit communis opi-
7 nio quod isto in casu † testamentum probari possit per testes, nisi communem opinionem constituat solus Castr. *in cons.* 307 *lib.* 1. quem citat Couuar. *d. c. relatum. nu.* 11. *vers. tertia conclusio.* de cuius Castr. responso infra dicetur, paulo post.

Sed posito quod testamentum posset hoc in casu testibus probari, quando scilicet notarius est rogatus de ipso testatore & aliud non publicauit sicut loquitur D. Zunth. & post eum Rota.

Tamen aliter respondeo, & clare, non habere locum hanc conclusionem in casu nostro, quia non versamur in simplici defectu publicationis, qui notario adscribi possit: sed in defectu publicationis quam distulit ipsemet testator & impediuit tunc fieri, cum tamen alias voluerit publicari, dicens *il resto publicaremo domattina*, id est, id quod restat in crastinum differamus. Hoc enim casu etiamsi cōstaret de testatoris voluntate per testes (quod negatur hic) tamen non valeret testamentum hoc, tanquam imper-
8 fectum † ratione voluntatis imperfectæ, quæ imperfectio in hoc consistit, quod non sit facta publicatio sicut testator voluit, in terminis adduco Castren. *in cons.* 75. *lib.* 1. *circa fin. & in cons.* 450. *num.* 2. *lib.* 2. Corne. *cons.* 118. *lib.* 3. *num.* 5. *vers. non obstat.* Ias. *cons.* 155. *num.* 4. & *lib.* 4 Surdus *decis.* 191. *num* 16. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præs.* 5. *num.* 7. *vers. sextus est casus.* ibi, *Verum defendi posse videtur prima illa opinio eo in casu, quando ipse testator destinasset quod sua ipsa voluntas & dispositio publicaretur coram notario, & testibus.*

Prima vero opinio fuit illa quod testamentum sit imperfectū ratione voluntatis, quando scriptura testamenti nō fuit lecta & publicata coram notario & testibus, vt potest videri ex verbis præcedentibus ipsius Menochii.

Secundo opponitur in dubiis *cons.* Castr. 307. *lib.* 1. Vasq. *de success. creatione. lib.* 2. *c.* 4. *nu.* 41. 42. qui dicunt,
9 testamentum † esse imperfectum ex defectu publicationis quando per testes præsentes probatur.

Respondetur id non habere locum quoad extraneos, sed tantum in testamento inter liberos, vt bene distinguit ipsemet Castr. *in d. l. si ir cui. nu.* 3. *ff. de testam.* cuius verba supra retulim', ibi enim loquitur expresse quando sic dispositio coram testibus qui singula capitula testamenti audiunt & de eis deponūt, & tamen dicit non valere nisi quoad liberos: secus quoad extraneos, referunt & sequuntur Catto Saccus *d. consil.* 121. *n.* 9 Ruin. *d. cons.* 4 *n.* 21 *lib.* 3.

Secundo respondetur Castrensis responsum *in d. cons.* 30. nō habere locum, quando ex aliquibus con-
10 iecturis probari potest testatorē † non habuisse testamentū pro perfecto, nisi scriptura eius fuisset publicata, vt declarat Couuar. *in d. c. relatam. nu.* 11. *vers. tertia conclusio. de testam.* vt in casu nostro accidit quia testator non habuit testamentū pro perfecto & absoluto ante publicationem, cum voluerit illud publicari & distulerit eius publicationem in diem sequentem, *vt supra paulo ante deduxi*, quo in casu non loquitur Castr. *in d. cons.* 307. nec Vasq. sed intrat alia conclusio quod testamentum huiusmodi sit nullum tāquam imperfectum ratione voluntatis, quæ voluntatis imperfectio non potest tolli ex præsentia testium tempore conditi testamenti, quia nemo ex Dd. vnquam dixit, quem ego viderim, testamentum imperfectum ratione voluntatis testatoris valere, si probetur per testes, imo in casu Oldradi *consil.* 119. testamentum poterat probari per duos testes, quod sufficiebat ad pias causas, *c. relatum. de testamen.* & tamen concludit non valere, quia sit imperfectum ratione voluntatis.

Nec Dd. illi qui improbarunt Oldradi respōsum moti sunt ex eo, ꝙ testibus probari posset testatoris dispositio, & ideo testamentum deberet valere, sed quia putarunt (male tamen, vt infra dicetur) testamentum hoc in casu non esse imperfectum ratione voluntatis sed ratione solennitatis, quæ non exigitur in testamentis ad pias causas.

Est igitur, iudicio meo, hoc maxime considerandum in præsenti specie, an testamentum sit imperfectum ratione voluntatis, ob dilatam à testatore publicationem, quæ postmodum secuta non est. Hoc enim posito, ꝙ sit imperfectum ratione voluntatis, frustra per testes conatur pars aduersa illud probare. Dicimus autem esse imperfectum ratione voluntatis ex hac causa destinatæ & non factæ publicationis, *ex responsis supra relatis. versic. tamen aliter respondeo.*

Non obstat prædictis quod tertio loco adducitur *cons.* Ant. de Præto *inter cons. Alexan.* 73. & Alexan. *in cons.* 74. *cum aliis.*

Quia loquuntur expresse, quādo iam testator ordinauerat & publicauerat testamentum coram testibus, & sic non aderat defectus iste publicationis sicut in casu nostro.

Et licet postea testator dixisset notario *non facias aliud vsque cras.* tamen istud non arguit imperfectionem voluntatis, licet deinde ctas nihil fecerit, quia præsumitur pœnituisse illius suæ destinationis, quam habebat addendi aliquid testamento iam perfecto, ita ad literam declarat istorum responsa Menochius *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 5. *num.* 6. *vers. declaratur secundo.*

At in casu nostro non ita res accidit, sed testator destinauit publicari die sequenti testamētum & non constat, nec dici potest illud pœnituisse huius suę destinationis, quia nocte illa mortuus fuit, antequam tempus esset faciendæ publicationis, ab eo destinatæ.

Non obstāt coniecturæ, quæ adducuntur ad probandam perfectionem testamenti ex vocatione testium & notarii: & quia fecit redigi in scriptis, & ex aliis, quia in claris non est opus cōiecturis, omnes istæ coniecturæ cessant, quia constat testamentum non fuisse publicatum, secundum ipsius testatoris voluntatem ac destinationem, quod sufficit ad ostendendam imperfectionem voluntatis, vt supra iam sæpe diximus.

Non obstat quod dicitur testamenti amissi tenorem ac dispositionem † probari posse duobus testib. 11
Alex. & Ias. *in l.* 1. *C. de bonor. poss. secundum tabul.* Afflict. *decis.* 14. *nu.* 5. & 166. *num.* 3.

Et casum mortis testium æquiparari † casui amis- 12
sionis testamenti, vt per Neuiz. *cons.* 26. *nu.* 22. Afflict. *in constit. regn. instrumentorum robur q.* 12. *n.* 13.

Maxime, quia mortui testes præsumuntur cōcordare cum viuentibus. Neuizan. *vbi supr.* & ad hoc formale responsum expectatur.

Respondeo Doctor. loqui, quando testamentum authenticum & perfectum fuit factum, deinde fuit
amissum, tunc illius † tenor probatur per duos testes 13
arg. l. testium. C. de testib. ita Alex. *dict. l. penult. num.* 8. *Cod. de bonor. possession. secundum tab. & ceteri Doctores allegati:* omnes enim mouentur *ex l. testium. C. de testib.* quę loquitur de amissione publici & authentici instrumēti, & hoc in casu puro admitti posse, ꝙ dicebat Neuiz. ꝙ testes mortui præsumantur concordare cum viuis, qñ scil. erat confectū publicū & auth. instrumentum.

Sed tales testes debent esse periti & idonei valde, alioqui non probant Bart. *in auth. si quis in aliquo. num.* 19. *C. de eden.* & ibi Cagnol. *num.* 45. *&* 46. Alexan. *cons.* 196, *num.* 9. *lib.* 2. & plurimi alii quos refert & sequitur Mascardus *de probat. vol.* 2. *concl.* 908. *n.* 6.

Tales autem non sunt tres illi testes examinati, in processu nostro, sed quando agitur de probando testamento per solos testes, absque scriptura, tunc requiruntur septem testes qui debent de eo deponere & si mortui fuerint, testamentũ ruit, ex defectu probationis, nisi fuerint examinati ad perpetuam memoriam. Socin. iun. *cons.* 89. *num.* 21. *lib.* 1. Hondedeus *cons.* 26. *n.* 11. *lib.* 2.

Secundo respondetur, quando articulata est formalitas verborum testamenti, & testes super ea deponentes sunt varii, & discordant in verbis formalibus, tunc non probari per testes contenta in testamento, & hic est casus noster, quia testes obligarunt se ad formalitatem verborum, & discrepant circa illa, ita Iason *in d. l.* 2. *C. de bonorum poss. secundum tab. num.* 18. & alii, quos refert & sequitur *lib.* 2 *fol.* 110. *vers. primum* vbi citat Abb. Felin. & Curtium & alios.

Tertio respondetur, in casu nostro aduertendum esse, quod cum hæc probatio per tres testes sit extra-
14 ordinaria, requirit quod testes † sint omni exceptione maiores, Deci. *cons.* 105. *sub num.* 4. & hæc qualitas articulanda & probanda est, vt per Paris. *consil.* 24. *nu.* 13. *lib.* 3.

Tales vero non sunt testes illi, quia patiũtur multas exceptiones tam in personis, quam in dictis, vt patet ex eorum depositionibus.

Nec dici potest partem conuentam omnem diligentiam adhibuisse, vt testes ad perpetuam rei memoriam examinarentur, & non potuisse hoc obtinere, quoniam in facto hoc non probatur.

Et præsertim considerando quod huiusmodi exa-
15 men ad perpetuam † rei memoriam fieri debet parte citata, Doct. maxime Iason *in l.* 2. *num.* 4. *C. de testam.* Simon de Prætis *de interpretationib. vlt. vol. lib.* 2 *fol.* 207, *num.* 5.

Nullibi vero constat partem fuisse citatam pro tali examine, ad perpetuam rei memoriam, ergo sibi pars conuenta imputare debet, nec potest dicere se omni studio hoc procurasse, cum defecerit in salutari, hoc est, in citatione partis.

Postremo respondeo testamentum imperfectum ratione voluntatis probari non posse per testes, qui deponunt se audiuisse testatoris dispositionem, quia vbi testamentum est imperfectum ratione voluntatis, non valet, nec tunc est opus disputare de eius probatione, quia quod non est, probari non potest. Tale autem esse testamentum, de quo agitur, patet ex supra deductis.

Non obstat quod dicitur: illa verba testatoris, *il resto publicare domani*, non arguere testamentum imperfectum ratione voluntatis, quia publicatio testamenti ad notarium pertinet, non autem ad testatorem, nec potest dici pars integralis testamenti.

Respondetur enim, imo publicationẽ fuisse (maxime in casu nostro) partẽ integralẽ testamenti & de illius substãtia. Ratio est, quia testator noluit habere tunc testamentũ pro perfecto, sed distulit eius publicationem in diẽ sequentem, quo casu non potest dici perfecta voluntas, sicut dicunt præallegati Dd. *supra. vers. tamen aliter respondeo.* vbi citaui Doctorum authoritates, qui loquuntur in puncto.

Non obstat quod dicitur facientem actum, in du-
16 bio † illum facere secundũ naturã illius. Menoch. *lib.* 3. *præsump.* 38. *& lib.* 6. *præsumpt.* 10. sed de natura testamenti nuncupatiui non est necessaria scriptura: ergo illius publicatio non est de substantia testamenti.

Nam respondetur, licet scriptura non sit necessaria ad testamẽtum nuncupatiuum, tamen si testator velit illum † per notarium confici, dicitur esse de sub- 17
stantia, Dec. *in c.* 1. *num.* 14. *de fide instr.* Couuar. *d. c. relatum. num.* 11. *vers. prima quidem.* Oldrad. *cons.* 119. Magdalenus *de numero testium. nu.* 10, *&* 11. & alii qui Oldradum secuti sunt. *de quibus infra.*

Non obstat quod dicitur, simplicem voluntatem faciendi publicationem non sufficere ad probandum, voluntatem testatoris fuisse, quod publicatio esset de forma.

Quia respondeo contrarium dicere Surdum, Menoch. Iasonem, & alios, *quos supra citaui* illi enim arguũt publicationem esse necessariam ac de substantia testamenti, adeo quod eius omissio vitiat testamentum, quando testatoris mens fuit, vt testamentum publicaret, & rationes adducunt, quia non est aliquid perfectum, quando aliquid superest faciendum: quemadmodum cum de contractu debet confici instrumentum, non est perfectus nisi facto instrumento *l. contractus. C. de fide instr.* & ob alias rationes, de quibus per eos.

Non obstat quod subiungitur, non esse præsumendum testatoris voluntatem fuisse, etiam si vellet testamentum publicari, quod si non publicaretur, esset nullum.

Quia dico, imo istud esse præsumendum, quia testator non habuit illud pro perfecto ante publicationem, quia illum distulit, vt deducunt Castr. *d. cons.* 75. *&* 450. & Surd. & Oldr. & alii Dd. *supra relati.*

Non obstat quod dicitur, testatorem distulisse publicationem vt aliquid adderet, non autem vt mutaret substantialia: & ideo publicatione non secuta, non vitiatur voluntas iam perfecta, Ruin. *consil.* 15. *nu.* 19. *libr.* 2.

Quia Ruin. loquitur in casu certo, quando scilic. testator distulit, quia volebat aliquid addere, vt apud eum videri potest: sed nostro in casu nõ constat eum distulisse publicationem animo addendi, sed simpliciter distulit publicationem in diem sequentẽ, mandans publicari legata pia, quo casu, si non sequatur publicatio, testamentum nullum est, vt per eundem Ruin. *dict. consil.* 1. *numer.* 7. *libr.* 3. *cum aliis supra allegatis.*

Non obstat, quod dicitur, authoritates à nobis adductas, niti *responso* † Oldrad. 119. quod communi- 18
ter reprobatum est, vt per Boer *dec.* 240. Vasquium *de success. creat. progress. q.* 30 *nu.* 44. *vers. quid si testamentum.* Crassum § *testamentum. qu.* 11. Zanch. *pro vxore. n.* 296. Capifer. *de numero testium in testam. requisito. part.* 3. *cap.* 5. *nu.* 14. *vers. & quamuis non defuerint.*

Nam respondetur Oldradi sententiam esse communem, vt per Gabriel. *tit. de testam. concl.* 9. *num.* 1. per Couar. *d. c. relatum, nu.* 9. *de testam.* per Mascar. *de probat. vol.* 3. *concl.* 1352. *nu.* 74. per Menoch. *de præsumpt. libr.* 4. *præsumpt.* 5. *numer.* 6. *versicul. quartus est modus.* Surd. *dict. decis.* 192.

Secundo respondetur, Dd. quos ego citaui ad probandum testamentum esse imperfectum ratione voluntatis, propter dilatã & nõ secutam publicationem, moueri multis aliis rationib. præter ea quæ Oldrad. attulit *in d. cons.* 119. vt videri poterit.

Non obstat quod dicitur, nullum aut certe duos tantum Dd. reperiri, qui dicant testamentũ esse nullum,

lum ob non factam publicationem quando testibus præsentibus testator disposuit.

Nam hoc dixit Paul. Castr. *in d. l. si is qui n. 3. de testa.* cuius verba supra retuli, idem scripsit Cato Saccus *d. cons.* 121. qui Castrensem secutus est, & Couuar. *d. c. relatum. nu.* 11. *vers. vel aliter potest intelligi. qui versiculus est sub vers. oportet.*

Et Cato Saccus loquitur in terminis iuris communis, sequendo Paulum Castrensem, licet dicat in ditione Venetiorũ in aliquib. locis esse constitutionem, vt in quolibet capitulo interrogetur testator: tamen loquitur expresse de iure cõmuni sequendo Paulum Castrensem, & Catonem Saccum refert & sequitur D Cæphal. *d. cons.* 409. *lib.* 3. *num.* 11.

Et in casu nostro omnis cessat difficultas: quia nõ adest simplex defectus publicationis testamenti, sed defectus destinatę publicationis in diem sequentem per ipsum testatorem: quæ postea secuta non est ob mortem testatoris. Hoc enim in casu testamentum dicitur imperfectum ratione voluntatis, vt patet ex traditis per Castr. *in d. cons.* 75. *lib.* 1. *&* 450. *lib.* 2. Corneum *cons.* 118. *colum.* 3. *lib.* 3. Iason *cons.* 155. *num.* 3. *lib.* 4. Surdum *decis.* 291. *num.* 16. Menoch. *de præsumpt. l. b.* 4. *præsumpt.* 5. *nu.* 7. *vers. sextus est casus.* qui omnes loquuntur in terminis nostris dilatæ scilicet & non secutæ publicationis testamenti, & rationes adducũt, quorum sententia confirmatur ex tradit. per Oldrad. *d. cons.* 119. & sequacium.

Item confirmari potest ex generali conclusione,
19 quod testamentum non publicatum † non valeat,
vt per Angel. *de testament. in vers. itum & perfectum.* Ruin. *cons.* 1. *num.* 7. *lib.* 3. D. Cæphal. alios citans *consil.* 409. *nu.* 9. *& seq.* Menoch. *cons.* 37. *nu.* 122. *&* 42. *n.* 16. *&* 45. *num* 29. *&* 224. *n.* 12.

Per contrarium nulla est Doctoris authoritas quæ parti aduersæ suffragari possit, in puncto nostræ quæstionis quod scilicet testamentum non publicatum secundum testatoris voluntatem sit validum, nam Rota *decis.* 173. *in* 2. *part.* Castren. *consil.* 307. & Vasq. & Zunth. *pro vxore. num.* 504. non loquuntur de defectu publicationis testamẽti, quam testator destinauerat fieri debere in aliud tempus, & postea facta non est, quod arguit imperfectam voluntatem, sed loquuntur de simplici defectu publicationis.

Et supponunt per testes probari testamentum quod non est hic, quia tantum tres deponunt, qui patiuntur multas exceptiones.

Nec quicquam obstat opinio eorum, qui ab Oldrado discesserunt; quia eorum opinio aut iuri non est consona, propter Oldradi rationes quibus non satisfaciunt.

Aut potest habere locum in testamento ad pias causas vel inter liberos, sicut loquitur Oldrad.

Et ita etiam inuenio opinionem Oldradi à Do-
20 ctoribus † nostris conciliari, cum contraria opinio,
vt inter liberos, & ad pias causas testamentum sustineatur, secus quoad extraneos. ita Ruin. *cons.* 1. *num.* 9. 10. *&* 11. *lib.* 3. D. Cæphal. *cons.* 409. *num.* 15. *lib.* 3.

Sed nos versamur in substitutione facta Magnifico D. Petro Iacobo qui est frater testatoris, non autem de liberis, ergo quoad ipsum non valet, adduxi in terminis Bart. *in l.* 2. *num.* 18. *de vulg.* Campeg. *in subscrip.* ad Ruin. *cons.* 1. *num.* 28. *lib.* 3. Crauet. *cons.* 944. *circa fin. lib.* 5. Boer. *de. is.* 241. *in princ.*

Est & alia conciliatio, Oldradi responsum locum habere, quando testamentum manu notarii vel al-
21 terius est † conscriptum. Contrariam autem opinio-
nem quod valeat quantũ ad liberos & ad piam causam, locum habere, quando testamentum est manu testatoris scriptum, ita Ruin. *cons.* 7. *num.* 8. *&* 9. *lib.* 3. D. Cæphal. *cons.* 99. *num.* 20. *lib.* 1. Menoch. *cons.* 224. *n.* 42. Socin. iun. *cons.* 414. *nu.* 58. *lib.* 2. D. Zunth. *pro vxore. num.* 301.

Si igitur sequamur Oldradi responsum, illud causæ nostræ inseruit: si contrariam opinionem, illa nihil obest, quia loquitur in testamento inter liberos vel ad pias causas, vel quando manu patris scriptum est testamentum quod non est publicatum.

Ex quibus crediderim sublata esse quæ pro dubiis docte ac subtiliter adducta sunt.

Andreas Fachineus Pisis
nomine Collegii.

Pro Nobili Germano.

ARGVMENTVM CONSILII XCI.

Apostilla in margine an reddat suspectum instrumentum Et an mobilium appellatione veniant census & pecuniæ.

SVMMARIA.

1 *Testamentum redditur suspectum ex eo quod aliquid in margine eius scriptum reperitur.*
2 *Suspicio falsi pro falsitate habetur.*
3 *Testamento rupto codicill. rumpuntur.*
4 *Scriptum in margine instrumenti quando fidem mereatur.*
5 *Vitium quod non est in parte substantiali testamenti non nocet.*
6 *Instrumentum in vna parte falsum, in omnibus falsum præsumitur.*
7 *Suspectum non esse testamentum propter marginem.*
8 *Apostilla nõ arguit falsitatem nisi diuersum sit atramentum.*
9 *Pro instrumento præsumitur.*
10 *Falsum non committitur sine dolo.*
11 *Instrumentum suspectum falsi iustificatur ex depositione testium.*
12 *Heres tenetur ad onus æris alieni.*
13 *Mobilium appellatione an contineantur vsura seu census,*
14. *De eadem materia.*
15 *Mobilium appellatione veniunt nomina debitorum.*
16 *Mobilium appellatione venit pecunia.*
17 *Actio ad rem mobilem mobilis dicitur.*
18 *Annui redditus inter mobilia numerantur.*
19 *Mobilium omniũ appellatione veniunt iura & actiones.*
20 *Annui redditus constituunt tertiam speciem.*
21 *Iura & actiones constituunt tertiam speciem.*
22 *Legatum mobilium refertur ad ea quæ testator habuit tempore testamenti.*
23 *Iura & actiones quando veniant appellatione mobilium & immobilium.*
24 *Incertum quod est, interim perpetuum reputatur.*
25 *Redditus pecuniarii non recẽsentur inter mobilia nec immobilia.*
26 *Mobilium omnium appellatione non veniunt iura & actiones.*
27 *In legato mobilium veniunt quæ testator habebat tempore testamenti.*
28 *Legatarius possidens est legitimus contradictor ad impediendam missionem heredis vbi falcidia non imminet.*

Iesu

Iesu Christi nomine inuocato.

BReuiter perstringam quæ dicturus sum de quatuor iuris quæstionibus, de quibus rogatus sum sententiam dicere: tum quia hoc tempore assiduis lectionem occupationibus premor, tum quod summa temporis angustia ad respondēdum obstringor.

Quod igitur ad primum quæstionē attinet vtrum testamentum de quo agitur sit nullum & vitiatum, propter verba in margine apposita, an vero sustineatur saltem in vim codicilli, aut alterius vltimę voluntatis, ex clausula codicillari adiecta. Respondeo dubitationem prima, vt aiunt, facie illud iniicere posse quod post Baldum *in l. si vnus. C. de testamentis.* respondit Ancharanus, *cons.* 431. videlicet testamentum ex
1 eo reddi suspectum, quod in † margine reperitur in scriptum aliquod legatum magni præiudicii, & Ancharanum secutus est Iacobus Menochius *de arbitrariis iudicum. casu* 187. *num.* 34 & Iosephus Mascardus *de probat. vol.* 2. *conclus.* 740. *numer.* 40. Vnde cum
2 in ciuilibus causis, suspicio falsi † pro falsitate habeatur iuxta celebrem ac tritam sententiam Archidiaconi *in c. in memoriam.* 19. *dist. ncl.* secundum quam respondit late Decius *cons.* 448 *num.* 28. *&* 602. *num* 7. & est communiter recepta ex his quæ tradit Anton. Gabriel. *commun. conclus. tit. de maleficiis. conclus.* 6. & Iosephus Mascardus *de probatio. vol.* 2 *conclus.* 739. *num.* 4. respondendum videretur testamentum de quo agitur pro falso habendum esse, & consequēter nullum esse & inualidum. *l. si veritas. C. de fideicommissis. l. iubemus. C. de testamentis* & denique nullam fidem mereri, ex traditis per Nattam *in cons.* 315 *num.* 15. *lib.* 2 & late per D. Ioannem Cæphalum *in cons.* 187. *num.* 6. 7. 8. 9. *&* 10. *lib.* 2. Et cum infirmato testamento codicilli et-
3 iam † infirmantur, quia ius testamenti sequuntur, vt inquit Iurisconsultus, *in l. ab intestato. ff. de iure codicil.* & ibi Glos. notat in verbo, ius sequuntur, & docet Imperator *in l.* 1. *Cod. de codicillis.* respondendum consequenter videbatur præsens testamentū sustineri non posse ex clausula codicillari.

Sed tamen istis nil morantibus contrariam sententiam veriorem esse existimo; nimirum testamentum de quo agitur nec falsum, nec vitiatum aut nullum aliquo modo dici posse, licet in margine adiecta sint illa verba de quib. in quæstione fit mentio, & in hanc sententiam adducor quatuor potissimum rationibus.

Primo, quia hæc est communis & ab omnib. probata conclusio quod si instrumento aliquid adiiciatur vel in margine, vel in corpore, siue in principio, siue in medio, siue in fine, Apostillā interpretes nostri vocant: si tamen notarius attestetur in ipso instrumento illud scriptum esse manu sua, vel id manu
4 notarii scriptum esse constet, non† solum id quod in margine scriptum reperitur instrumentum non vitiat, verum etiam probat & fidem meretur, ita cum notarius id attestatur, iuris esse, scriptum reliquit Iason *in l. si vnus. num* 9. *C de testam* vbi alios citat & idem esse quando constat notarii eiusdem manu illud esse scriptum respondit Paulus Castrensis, *cons.* 13 *lib.* 2. & Crauetta *in cons.* 88. *n.* 22. vbi rationem adfert; idcirco enim (inquit) illa attestatio notarii requiritur, vt clare constare possit an idem notarius id manu sua scripserit. Cum itaque constat euidenter manu eiusdem notarii scriptū esse, superuacenea videtur eiusmodi attestatio. Eandem sētētiam sequitur & pluribus aliis authoritatibus confirmat Ioseph. Mascar. *de probat. vol.* 1 *concl.* 113. *num.* 12.

Sed in quæstione nostra puto ac istud præsuppono manu eiusdem notarii scriptū in margine confectam esse, idque euidenter constare: ergo eiusmodi scriptura non nocet testamento, imo firmitatem ac robur obtinet.

Secundo, vitium visibile vbicunque in testamento reperitur quemadmodum est cancellatio, rasura, interlineatura, & similia, & consequenter etiam scriptio in margine, nunquam vitiat testamentum, vbicunque eiusmodi vitium non † est in parte substantiali testamenti, sed in alia parte minus substantiali 5
sicut est legatum ita docet Curtius iun. *in commentariis l. vlt. C. de edicto diui Adriani toll. n. num.* 6. quem refert & sequitur Iacobus Menoch. *de adipisc. possess. remed.* 4 *num.* 720.

Sed in hac specie nostra circa legatum est adiectio illa in margine facta, ergo testamentum non vitiatur.

Tertio moueor, quia dato, non tamen concesso, quod eiusmodi adiectio in margine aliquam in illa parte testamēti suspicionem generare posset, tamen absurdum † est existimare totum testamentum pro- 6
pterea vitiatum esse. Licet enim instrumētum in vna parte falsum in omnibus falsum præsumatur, tamen id procedit, quando falsitas manifeste probatur, non autem quando propter aliquam suspicionem falsum prę sumitur, quia tunc non præsumitur falsum in aliis partibus. ita Baldus *in l si ex falsis. circa fin. C. de transact.* & ibi etiam Alex *in vlt. col. vers. limita tertio* & Alciatus *num* 14 alios in eandem sententiam citat Antonius Gabriel. *communium conc lus. tit de maleficiis concl.* 3. *n.* 10. alios denique nouissime Iacob. Menoch. *lib.* 5. *de præsumpt. præs.* 21 *num.* 12.

Quarto, denique moueor, quia† quod testamen- 7
tum ex eo solo falsum præsumatur siue suspectum de falso quod in margine contineat aliquod legatum magni momenti, præsertim vbi manu eiusdem notarii scriptum est, nemo ex Iurisconsultis vnquam docuit, aut iure verum esse probauit. Inprimis allegatur Baldus *in commentariis l. si vnus. C. de testam.* vbi id non dicit, verba Baldi hæc sunt: *sed si essent extravagantia in margine, tunc quia non habent diem & consulem, talia verba nihil valent. Secundum Martinum Silimanum.* Deinde subiicit alia verba de margine vbi cancellatio est adiecta, quæ non pertinent ad casum nostrum, quod legato in margine adiecto testamentum falsum præsumatur nullum verbum apud Baldum reperias.

Secundo allegatur Ancharanus *in consil.* 431 Ancharanus ibi respondit contra instrumentum, sed ex pluribus & fortissimis coniecturis quas commemorat, & dum incidenter siue ad maiorem confirmationem dicit suspicionē falsitatis oriri ex legato magni momenti margini adiecto, id non confirmat aliqua ratione vel lege sed tantum authoritate Baldi *in d. l. si vnus. C. de testam.* qui hoc non dicit.

Menochius vero & Mascardus in locis allegatis, & si qui sunt alii sola Baldi authoritate nituntur, & Ancharani, vt videri potest, qui non pertinēt ad rem nostram: vt merito Crauetta *in cons.* 641. *num.* 4. *lib.* 4. dixerit dictum illud Ancharani de legato in margine controuersia non vacare: & apostillam † non ar- 8
guere falsitatem nisi diuersi sit atramenti, & diuersa manu scriptam respondit idem Craue. *in cons* 88. *n* 7. & Socin. sen. *in cons.* 94 *col. vlt. vers. circa tertium lib.* 1.

Cum igitur nemo dixerit nec aliquo iure probetur scripturam in margine adiectam instrumentum & testamentum vitiare, sequitur dicendum illud recte & rite conditum præsumi & effectum sortiri debere.

9 bere. Pro instrumento enim † præsumi quod sit verum, solenne, & recte & rite factum, notissimæ sunt traditiones Iurisconsultorum. *l. cum precib. C. de probat. l. desiderium. C. deposit.* ratio est manifesta, quia falsitas est delictum maximum, delictum autem non præsu-
10 mitur sed probari debet. *l. merito. ff. pro socio.* Et † quia falsum non committitur sine dolo. *l. nec exemplum. C. de falsis.* Alciatus late, *tractat. de præsumpt. reg. 2. præsump. 31. num. 3.* Dolus autem non præsumitur, sed probari debet. *l. quoties §. qui dolo. ff. de probat* & tradunt in proposito Curtius sen. *cons. 56. col. 6.* Socinus iun. *cons. 37. num 27. lib. 2.* cum aliis citatis à Menochio *lib. 5 de præsumpt. præs. 20. n. 52.*

Hæc autem omnia multo magis procederent si testimonio notarii, & testium qui præsentes fuerunt testamento, probetur, testatorem illud legasse, quod in margine scriptum reperitur; instrumentum
11 enim alias suspectum falsitatis, iustificatur † ex depositione testium. *§. oportet. in auth. de instrum. cautela & fide.* & tradit Baldus *in l. iubemus prope fin. Cod. de probat. & in l. si veritas. col. 1. C. de fideicom.* Felin. *in c. ex literis. n. 16 vers nota quinto. de fide instrum.* Natta *cons. 315. num. 14. lib. 2.*

Quanquam hoc præsidio præsens testamentum iudicio meo non indigeat, vt ex prædictis patet: ex quibus satis colligitur responsum, ad allegata in contrarium, quandoquidem propositio illa ex Anchárano, Baldo & aliis allegata nõ est vera, nec vllo modo recipienda & quatenus esset vera non habet locum in casu nostro, rationibus & argumentis iam deductis.

Quod attinet ad secũdam quæstionem, nulla mihi videtur esse difficultas, quin ad heredem spectet onus æris alieni, non autem ad legatarium, de hac e-
12 nim † re leges extant apertissimæ. *l. vlt. C. de heredi. act. l. quoties. C. de heredib. instit. toto tit. Cod. vt actio ab heredib. & contra heredes. l. 1 § si heres percept. ff. ad Trebell.*

Circa tertiam vero quæstionem an appellatione mobilium relictorum in testamento, contineantur
13 vsuræ † siue interesse ac census annui, vt vocant: respondeo, non comprehendi, quia eiusmodi annui census proprie nec inter mobilia, nec inter immobilia connumerantur, sed cõstituunt tertiam speciem, vt late docet Tiraquellus *de retractu consang §. 1. glos. 6. num. 3.* Et ita respondit in terminis nostris, imo in fortioribus, in legato scilicet omnium bonorum mobilium & immobilium, census annuos non comprehendi, ac multis probat Marcus Antonius Eugenius *in cons. suo* 100.

Hanc vero conclusionem intelligo procedere respectu temporis futuri post mortem testatoris. Nam respectu eorum, quorum dies iam cesserat tempore mortis testatoris & pro quibus exigendis actio competebat, aliud iuris esse existimo. Censeo enim eiusmodi reliquias, vt vocãt censuum inter mobilia bona numerandas, vt tradit And. Alciat. *in l. mouentium. ff. de verb. signific.* & quamplurimi alii quos refert & sequitur Tiraq. *de retract. consang. §. 1. gl. 6 n. 10.* Et con-
14 sequenter † legato mobilium comprehendi non dubito. Cum enim heres actionem habeat ad eos consequendos census, quorũ exigendorũ iam dies cessit, rem ipsam habere videtur. *l. qui actionem. ff. de reg. iur.*

Et quod respectu temporis futuri legato bonorũ mobilium non contineantur vsuræ satis ex eo etiam
15 probatur, quia inter omnes constat bonorum † mobilium appellatione nomina debitorum non contineri Alexan. *cons. 68. num. 5. lib. 6.* Mantica *de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 3. num. 9.*

Tria sunt quæ dubitationẽ facere videntur. Primo quoniam vsuræ huiusmodi consistunt in pecunia, &
sic in re mobili: appellatione † enim mobilium pecu- 16
niam venire certum est. *l. si chorus. §. 1. & l. si fundus. de leg. 3.* Angel. *per illum text. in §. & quia parum. col. 1. in ver. & aliis mobilib. in auth. de nup.* Dec. late 38. & 472. Mantica *de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 3. num. 2.*

Et licet eiusmodi pecuniam vsurarum nomine penes se testator non habuerit, habebat tamẽ actionem, ad eas consequendas, qui actionem habet rem ipsam habere videtur. *l. qui actionem ff de reg. iur.*

Vnde & actio quæ competit ad † rem mobilẽ res 17
mobilis appellatur, siue appellatione mobilium venit: sicut & per contrarium cum ad rem immobilem competit, rei immobilis appellatione continetur, ex sententia Gl. & aliorũ. *l. 1. C. si aduersus transa.* Bart. *in l. potest. ff. de autho. tuto.* Ang *in §. 1. in verbo, non numeranda. in auth. de non alien.* Alex. *in cons. 31. n. 12. lib. 1.* alios citat Chassan. *in consuet. Burgundiæ. rub. 4. §. 2. n. 9.* & alios itidem Tiraq. *de retract. consang gl. 7. §. 1. n. 1.*

Secundo, quia vsuræ nihil aliud sunt quã annuus quidam cẽsus siue redditus ea pecunia proueniens. Annui autẽ redditus ac census vbi non sunt perpetuo tempore duraturi sed cõstituti sunt cum pacto redi-
mendi, inter † mobilia bona numerantur, vt late do- 18
cet Chassan. *in consuet. Burgun. rub. 5. in pr.* & Celsus Vgo *in cons. 67. n. 5.* sed debitor vsurarũ potest quandocunque soluendo sortem, se liberare ac redimere ab vsurarum præstatione, ergo eiusmodi vsuræ inter mobilia numeranda esse videntur.

Tertió, perpendendum est vsum esse testatorẽ dictione vniuersali, omnia scilicet mobilia legando, o-
peratur autẽ vniuersalis hæc locutio, vt legato † mo- 19
bilium comprehendantur etiã iura & actiones, sicut Alciat. tradit *in l mouentium. ff. de ver. sig.* quam sententiam plurib. confirmat Tiraq. *de retract. consang. §. 1. gl. 7. nu. 20. 21. & seq.* Cum igitur etiam iura & actiones legato mobilium comprehendantur, sequitur vt & actio cõpetens ad vsuras intelligatur ẽt comprehẽsa.

Verum istis nil obstantibus contrariã sententiam veriorem esse existimo, nimirum in legato de quo agitur vsuras siue interesse, vt vocãt pecuniarum non contineri, & moueor tribus rationib. & argumentis.

Primo, nulli dubium est, vt etiam paulo ante dixi, nihil aliud esse huiusmodi vsuras nisi redditus quosdam & fructus annuos vel menstruos pecuniarum, qui tamdiu percipiũtur, quãdiu sors debita restituta fuerit. Cæterum eiusmodi annui redditus ꝓprie non veniunt appellatione mobilium vel immobiliũ bonorũ, sed constituunt tertiam speciẽ separatã, vt tradit Panor. *in c. nulli. col. 3. de reb. eccl. non alien.* & alii quos refert & sequitur Tiraq. *de retract. consang. §. 1 gl 6 nu. 3.* Vnde cũ in legatis verba proprie & stricte accipiẽdã sint, vt heres grauetur minus quã fieri possit. *l. non aliter. de leg. 3 l. nũmis. eod tit. l. vnũ ex familia §. si rẽ. de leg. 2. l. apud Iul. §. Seio, ex facto. de leg. l. nam ꝙ liquide ff. de pena legata. l si ita scriptum. in fi de leg. 1.* vbi Gl. Alex. Ias. & alii cõmuniter Bart. *in l. cum auus ad fi. tit. de cond. & demon.* Crau. *cons. 86. n. 7.* & alii passim, sequitur appellatione mobiliũ bonorum quorũ in legato facta est mentio non contineri eiusmodi vsuras vel annuos census ac redditus pecuniarũ, & ita in specie redditus ex vsuris pecuniæ mutuatæ non computari nec inter mobilia, nec inter immobilia sed tertiam speciem constituere declarat Ruin. *cons. 82. in fi. lib. 2.* Et in annuis redditib. pecuniarum, ꝙ non contineantur in legato omnium bonorum mobiliũ & immobilium facto, respondit late Marcus Ant. Eugenius nouissime *in cons. suo* 100.

Secun-

Secundo moueor, quia huiusmodi vsuræ in pecunia consistentes, non erant in bonis testatoris tempore celebrati testamenti, & etiam tempore mortis: ita, vt illas vsuras, hoc est, pecunias vsurarum nomine debitas apud se haberet, sed ad illas consequendas actionem habebat veniente die; nomina igitur debitorum testator habebat obligata & contra illos actionem habebat: sed hæc est communis & approbata ab omnibus sententia, legato bonorum mobilium non contineri nomina & actiones, quia iura &
21 actiones † sunt diuersæ, distinctæ, ac separatæ res ac species à bonis mobilibus & immobilibus, *l. quam Tuberonis. §. peculio. ff. de peculio l. à Diuo pio §. in venditione. ff. de re iud.* notat Bart. *in l. mouentium. ff. de verb. sign.* ita late respondit Alex. *cons. 68. n. 5. lib. 6.* Soc. iun. *consil. 115. num. 1. lib. 1.* vbi multos alios citat & communem esse sententiam affirmat: idem fatetur Mantica *de coniect. vlt. volunt. lib. 9. tit. 3. num. 9.* Io. Petr. Surdus *cons. 26. num. 1. lib. 5.*

Tertio adducor in hanc sententiam, quia testator dixit, lego bona mobilia omnia ea quæ nunc habeo, sed vsuras temporis futuri post mortem non dicebatur habere, quia necdum tempus eas exigendi vene-
22 rat, ita vt nec actionem quidem † tunc haberet testator ad eas consequendas, vt patet manifeste, quia ante quam veniat dies non competit actio creditori. *l. cedere diem ff. de verbor. signific.* Ergo legatum mobilium referri debet ad mobilia quæ testator habebat tempore testamenti, non autem ad ea, quæ postea consecuturus erat. *l. si ita. ff. de auro & argen. legato. l. vlt. ff. eod. tit.* Bald. *consil. 485. lib. 4.* Benedictus Capra *cons. 45. num. 6.* Corneus *cons. 14. num. 5. lib. 1.* Hieron. Gabr. *cons. 98. num. 8. lib. 10.*

Quibus sic firmatis non obstant argumẽta in contrarium allata. Nam quod attinet ad primum argumentum, quod appellatione mobiliũ veniant actiones competentes ad res mobiles, sicuti & immobilium appellatione continentur cum ad res immobiles dantur, respondeo illam conclusionem veram quidem esse, sed intelligendam quoties necesse est actiones & iura applicare vni ex iis speciebus bonorum. Verbi gratia, si constet dispositionẽ factam esse de omnibus bonis & disponentem in ea comprehendere voluisse etiam iura & actiones, tunc enim quia necesse est de iuribus & actionib. iudicare, tanquam de rebus mobilibus vel immobilibus, fit illa distinctio, quod si competant ad res mobiles, appel-
23 latione mobilium † veniant: si verò competant ad res immobiles, appellatione immobiliũ contineantur. ita declarat Alciatus post alios *in d. l. mouentium. ff. de verb. sign.* & alii innumeri fere quos citat Tiraq. dicens esse communiter approbatam hanc distinctionem & veram, seque idcirco ei inhærere, *de retractu consang. §. 1. glos. 7. n. 15 & 17.*

Ad secundum argumentum quo dicebatur census redimibiles inter mobilia bona cõputari, respondeo multis modis; Inprimis illam decisionem non procedere quãdo ex pacto census est redimibilis ad libitum debitoris: quia quando sit redempturus in-
24 certum est, & quod incertũ est, interim † perpetuum reputatur, quia attenditur præsens tempus quando nondum est secuta redemptio. *l. sufficit. ff. de cond. indebiti.* & declarant optime Tiraq. *de retract. consang. §. 1. gl. 14. num. 121.* & *de retract. convent. glos. 1 §. 2 num. 39.* Cum vero census sunt perpetui vel ad longum tempus, inter immobilia numerãtur, vt docet late idem Tiraq. *de retractu consang. §. 1. gl. 6. n. 7.*

Secundo respondeo, quicquid sit in censibus ac redditibus qui ex bonis immobilibus † percipiuntur 25 in hac specie vsurarum quæ ex pecunia mutuata debentur, clara extat decisio Caroli Rum. *in dict. consil. 82. lib. 2.* eas non esse numerandas nec inter mobilia, nec inter immobilia, sed tertiam speciem constituere, quemadmodum cætera iura & actiones, vt supra etiam dictum est.

Tertio, eam distinctionem, vtrum census sint perpetui vel redimibiles ad hoc, vt reputentur inter bona mobilia vel immobilia, locum habere, seruata ea distinctione, quam supra retulimus ex communi sententia, quando scilicet necesse est alteri ex iis speciebus applicare census & redditus annuos. Tunc enim veniunt appellatione mobilium vel immobilium, alias constituunt tertiam speciem, vt dictum est: ita declarat Alciatus *in d. l. mouentium ff. de verb. sign.* quatenus ait, quod de nominibus debitorum dixit, id in annuis etiam redditibus locum habere.

Non obstat vltimum argumentum, quia decisio illa, quod appellatione omnium bonorum mobilium veniant iura † & actiones non est tuta: contra- 26 rium enim respondit Corne. *cons. 49. lib. 3.* Bertrandus *cons. 77. lib. 2.* Iason *cons. 5. lib. 3.* Horum meminit Tiraquellus adferens multa legum loca, à præfatis consulentibus mutuata, *in d. tr. act. de retract. consang. §. 1. gl. 7. num. 18.* Quibus addo in terminis *copiosum responsum supra relatum* Marc. Anton. Eugenii 100. vbi, *num. 41. & 42.* respondit optime ad hoc argumentum ex verbis vniuersalibus omnium bonorum mobilium, eius dicta non describo.

Sed in hac nostra specie omnis cessat difficultas, quia testator se restrinxit ad bona quæ tunc habebat: lego bona mobilia ea omnia quæ nunc habeo, vt in testamento habetur: igitur veniunt ea † tantum bo- 27 na, quæ tempore testamenti habebat, *vt in l. si ita. & in l. vlt. ff. de auro & arg. leg.* & excluduntur bona futura, & sic iura & actiones, quæ tunc non competebant, *vt supra latius deduximus*, id quod perpendit & Eugenius *loco annotato num. 42.*

Quod attinet ad vltimam quæstionem, nullam video difficultatem, quia cum legatarius aliqua ex his bonis possideat, licet lis vertatur super testamẽto, donec tamen terminetur, ipse manere debet in possessione, præsupponendo tamen ipsum legatariũ possidere absq; vitio, vt colligitur ex eo quod etiam antea viuente forte & permittente testatore eadem bona possederat.

Moueor ad ita respondendum, primo, quia hoc est cõmodum possessoris iuxta iuris regulas, vt donec res decidatur, & controuersia terminetur, possessor maneat in sua possessione, nec antea priuetur quam iudicatum sit. *§. commodum. Instit. de interd.* late Menoch. *de recup. poss. remed. 1. num. 111.* Andr. Gail. *lib. 1. pract. obser. c. 5. n. 5.*

Secundo, quia legatarius possidens absque vitio rem legatam, vbi non imminet falcidia, est legitimus contradictor ad impediendum ipsum heredem in possessionem rei legatæ mitti, Castrens. Alexand. & Corne. *in l. si num. 4. C. de edi. di. Adr. tollen.* Natta *consil. 134. num. 6. lib. 2.* Menoch. *de adip. poss. remed. 4. num. 641.* si legitimus est contradictor ad impediendum heredem in possessionem mitti, ergo multo magis retinere potest bona herede non aduersante, & aduersus executores obiicere, quod pendente lite non sit priuandus sua possessione, & quod secundum iuris regulas dolo faciat is qui petit id quod statim restituere debet. *l. dolo facit. ff. de doli mali excep.* præsertim cum munus proprium executoris sit, ea, quæ defun-

defunctus ordinauit adimplere, & exequi, inter quæ legatum de quo agitur esse manifestum est.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Illustri D. Barone N.

ARGVMENTVM CONSILII XCII.

De culpa officialis, per quam homicida euasit, vtrum dominus teneatur.

SVMMARIA.

1 *Prius constare oportet de corpore delicti, quam deueniatur ad aliquem actum captura, &c.*
2 *Et ibidem.*
3 *Etiamsi reus delictum fateatur.*
4 *Iudex loci in quo delictum est commissum de illo cognoscit & iudicat.*
5 *Nemo tenetur delinquentem patefacere.*
6 *Dolus quid.*
7 *Lata culpa quid.*
8 *Leuis culpa quid.*
9 *Leuissima culpa quid.*
10 *Leuissimam ob culpam criminaliter puniri quis non potest.*
11 *Leuissimam ob culpam qui teneantur.*
12 *Prætor quando teneatur de delicto sui officialis.*
13 *Episcopus tenetur de delictu commissu per suum Vicarium.*
14 *Et quando excusetur iudex si officialis eius delinquat.*
15 *Dominus qui tenetur ex delicto sui officialis liberatur eum exhibendo.*
16 *Et tenetur ciuiliter, non autem criminaliter.*

Christi Redemptoris nostri præsidio humiliter implorato.

NOn dubito quin Serenissimus D. Dux, Dominus meus Clementissimus pro sua singulari bonitate ac prudētia, nec non suæ serenitaris Consiliarii viri grauissimi, ac prudentissimi, quos ego summa obseruantia colo, ac veneror, æquo animo laturi sint, vt in proposita facti specie ab Illustr. D. Barone interrogatus pro veritate & iustitia dicam id quod sentio, sentio autem Illustrem D. Baronem nec deliquisse & nulla pœna prorsus esse afficiendum.

Ratio autem quæ me in hanc sententiam inducit hæc est, quia dum speciem facti propositam omni ex parte contemplor, nullam in eo culpam fuisse deprehēdo: vbi autem nulla est culpa, ibi nulla est pœna, nullumque delictum; secundum tritas & vulgatas iuris vtriusque regulas.

Si expendamus illud quod D. Baro fecit, cum primum ad se reuersus est famulus, remque gestam licet minus fideliter narrauit, ea fecit quæ iuri consentanea sunt & æquitati; Primo, quia diligenter inquisiuit de ipsa veritate rei gestæ, & de corpore, vt dicitur delicti. Istud iuri consentaneum esse patet, ex communi & ab omnibus recepta conclusione, quod iudex antequam procedat contra aliquem ad inquisitionem vel capturam, vel alium actum, inquirere
1 debet † an delictum fuerit patratum, vt sic de corpore ipsius delicti prius constet. *l. 1. §. item illud. ff. ad Senatusconsult. Syllan.* cuius verba sunt hæc: *Item illud sciendum est, nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem.* Liquere igitur debet scelere interemptum, vt Senatusconsulto locus sit: & ita omnes docent, vt videre est ex Bartolo, Angelo, Romano & aliis *in dicto § item illud.* Marsil. *consil. 8. num. 1. & consil. 12. num. 33.* vbi tradit, nec ad examen ipsius † rei 2
procedi posse, nisi prius de corpore delicti constet, prout nec ad capturam deueniri posse, tradunt idem Marsilius *in consil 18. num. 34.* Antonius Gomezius *in tit. de captur. reorum. num. 1.* Ægidius Bossius *in tit. de delicto num. 53.* Grammaticus *consil. 15. & consil. 30.* Quod procedit etiam si reus † ipse delictum fateatur, ne- 3
que enim damnari potest aliquis ex confessione sua, nisi constet de homine occiso, vt post alios tradit Mynsingerus, *centuria 3. obseruatione 81.* & late alios referens & rationem adferens Prosper Farinacius *variarum quæstionum & communium opinionum criminalium. lib. 1. quæst. 2. num. 7.* Rursusque id procedit etiam si quis confiteatur se occidisse hominem ignotum in nemore, (qui est casus noster,) vt post alios tradit idem Farinacius *loco annotato. num. 8.* Quamobrem, vt dicunt allegati Doctores, solent boni & periti iudices, ante omnia notarios aliosque ministros & officiales mittere ad locum delicti, vt videant ipsum corpus occisum, deinde ipsis referant. Id quod Illustris D. Baro diligenter fecit, ac mandauit, cum Prætori ac iudici suo iussit, vt Meringam accederet & de veritate inquireret, vna cum Prætore ac iudice dicti loci, in quo homo dicebatur occisus.

Secundo, quia idem Illustris D. Baro non malefactorem subtraxit, non ei euadendi, aufugiendiue occasionem aut licentiam dedit, sed cum ipse referret, se in comitatu Meringæ bombardam explosisse, iudici loci scilicet Meringæ eundē exhibuit, ita enim mandauit prætori suo, vt cum malefactore iret Meringam, & vna cum Prætore Meringæ solicitus inquireret de rei veritate & successu. Explorati iuris est delinquentem puniri posse à magistratu † loci in 4
quo delictum est commissum. *l. 1. C. vbi de crimine agi oporteat. c. vltim. de foro competen.* Didacus Couuar. *pract. quæst. cap. 11. num. 3.* Iulius Clarus *in § fin. quæstio. 38. & quæst. 85* & alii passim: consequenter Prætor Meringæ delinquentem opera & diligentia Dom. Baronis exhibitum & ad eum deductum poterat in carcerem detrudere, & in eum inquirere, prout iustitiæ ratio postulabat, quod si eum abire permisit, nulla est Generosi D. Baronis culpa, nullum sane peccatum. Nemo iure nostro ciuili obligatus † est alterius deli- 5
ctum patefacere, & delinquentem indicare, vt ex communi Doctorum sententia docet Iulius Clarus *in § finali. quæst. 87. versic. dictum est quod ex sola scientia.* nihilominus voluit Illustris D. Baro, delinquentem indicare, ac in iudicis potestatem redigere; Ergo nihil ei imputari potest, præsertim quoniam eundem famulum delinquentem à iudice Meringæ dimissum, non liberauit ipse, nec dimisit, sed coegit fidem, vt moris est, obligare, porrecta manu quod ex eo loco non discederet absque eius permissu ac venia.

Quod si tempus illud perpendamus, quo delictum ipsi Generoso Baroni detectum ac denunciatum fuit, simili modo constabit, nullum in ipso Barone dolum, nullam culpam, nullam negligentiam fuisse, propter quam delinquens è iustitiæ manibus euaderet. Dolus est machinatio quædam † ad fal- 6
lendum, decipiendum, circumueniendum adhibita. *l. 1. §. dolum. ff. de dolo.* Quid hic D. Baro? occludi mandat ca-

dat castrum ne delinquens abiret: dolo nimirum bonos vsus, vt delinquens caperetur, tantum abest, vt vellet eum iuuare. Latæ culpæ finis est non intelli-
7 gere † id quod omnes intelligunt inquit I.C. *in l. lata culpa. ff. de verbor. signific.* At rem intellexit D. Baro, non solum ita, vt omnes communiter intelligerent, verum etiam, vt quisque prudés intelligeret. Accersito siquidem prætore mandauit illi, vt hominem in superiori castelli parte poneret, in carceribus ipsis includeret. Si lata culpa id ipsum non excusat, quid à lata culpa excusare possit, penitus ignoro. Leuis cul-
8 pa, est deuiatio incircumspecta † ab ea diligentia, quam adhibent homines diligentes eiusdem conditionis & professionis, vt declarat Bartol. *in l. quod Nerua. num. 26. ff. depositi.* At omnes eiusdem conditionis & professionis nihil amplius fecissent quam D. Baro fecit, mandauit enim eidem Prætori, vt famulum inclusum in carcere diligenter custodiret, & obseruaret duobus vel tribus custodibus appositis. Leuissi-
9 ma culpa, est incircumspecta deuiatio † ab ea diligentia, quam adhibere solent homines diligentes ac diligentissimi eiusdem conditionis ac professionis, ita docet Bartolus *loco annotato nu. 27.* At D. Baro ista omnia adimpleuit, non solum enim hominem includi carcere curauit in loco tuto, adhibitis custodibus, vt dictum est, verum etiam voluit explorare & certus esse, id executioni demandatum esse, antequam iret cubitum. Quod sane genus diligentiæ videtur mihi omnem prorsus culpam etiam leuissimam excludere. Quanquam & si leuissima in culpa
10 fuisset dictus D. Baro, non tamen † criminaliter eam ob causam esset puniendus ex traditis per Grammaticum *voto 29.* & per Franciscum Becium *in consil. 44. num. 16.* Nec teneatur dictus D. Baro de culpa leuissima, neque enim erat deputatus ad custodiam dicti
11 delinquentis. Etenim ii demum leuissimam † culpam præstant, qui certa mercede conducti ad custodiam deputantur, sicuti custodes carcerum *l. qui mercedem. ff. locati.* & ibidem notant Bartol. Paulus Castr. & alii Iason *in l. si domus num. 7. de leg. 1.* late Mascardus *de probat. vol. 1. conclus. 469.*

Denique si de eo tempore loquamur, quo ad castrum D. Baronis veniente lectore, vt delinquentem caperet ipse delinquens aufugit nec captiuus duci potuit, manifestum est à Domino Barone omnem culpam & dolum abfuisse. Primo, quia dolus aliquis aut culpa ipsius domini Baronis nō probatur; & notissimi iuris est, dolum non præsumi nec culpam. Secundo, quia manifeste patet alios in causa fuisse, vt delinquens non caperetur, nimirum molitorem illum qui equum delinquenti mutuauit, & iudicem siue Prætorem. Illud in quæstionem vocari potest an D. Baro teneatur ex facto & negligentia siue etiam ex dolo & malitia dicti Prætoris sui, & mouet, quia
12 magistratus tenetur † ex delicto sui officialis, quando circa officium ei demandatum deliquit. *l. 1. §. famil. ff. de publicanis. l. 1. C. ad l. Iuliam repetund. l. si post. C. de assess.* Ægidius Bossius *in tit. de officialib. corruptis. sub num. 31.* Iacobus Menoch. *de arbitrariis iudicum. casu 345 num. 1.* Et propterea Episcopum teneri pro deli-
13 ctis † commissis per suum vicarium & officiales est decisio Rotæ *in antiquis. in tit. de officio vicarii. ordine sexta; & secundum aliam impressionem 432. incipiens Nota verum Episcopus.* Verum istis nil morantibus contrarium mihi iuris esse videtur, tribus potissimum de causis.

Primo quia D. Baro protestatus est ipsi Prætori, vt
14 diligenter custodiret † delinquentem, ea comminatione, quod ni faceret, omnis ei culpa adscriberetur; iuxta doctrinam Bartoli, quam laudat & commemorat Prosper Farinacius *quæst. crimin. lib. 1. quæst. 24. num. 53.*

Secundo, quoniam ipsum Prætorem exhibuit & exhibere paratus fuit Serenissimo D. Duci, explorati vero iuris est magistratum † ac dominum qui tene- 15
tur ob delictum & culpam sui officialis liberari, si illum exhibeat, vt tradit Bartolus *in d. l. 1. §. familiæ. per illum textum. iuncto §. sequenti. ff. de publicanis.* qui textus id expresse probat Ludouicus Romanus *in consil. 11. & in consil. 338.* Decius *in l. 2. num. 13. ff. quod quisque iuris.* Felinus *in c. Petrus. num. 10. de homicidio.* Grammaticus *voto 29. num. 11.* Augustinus Berous *quæst. 39. num. 3.* & est communis ac indubitata conclusio.

Tertio, quoniam id quod dicitur, dominum teneri pro delicto famuli siue officialis commisso in officio, intelligitur ciuiliter † pro interesse partis, 16
non autem criminaliter, vt docet Glos. communiter recepta *in l. obseruare. §. proficisci. ff. de offic. proconsulis & legati.* Ludouicus Romanus *in d. consil. 11. & 15.* Felin. *in c. Petrus. num. 13. de homicidio.* Franciscus Marcus *decis. 423. num. 13. in prima parte.* Sed hoc in casu non agitur ciuiliter pro interesse partis. Nulla enim est pars, quæ aliquid petat à Domino Barone eā ob causam quod famulus eius culpa dicti Prætoris aufugerit, & captus à lictore non fuerit, ergo nullo modo tenetur dictus D. Baro.

Cætera suppleant præcellentiss. Domini Consiliarii quibus causa demandata est, pro solita sua integritate & prudentia.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Nobili Matrona Germana.

ARGVMENTVM CONSILII XCIII.

De quadam muliere veneficii accusata, contra quam leuia erant indicia & ad torturam non sufficientia.

SVMMARIA.

1 *Delictum non præsumitur.*
2 *Actore non probante reus absoluitur.*
3 *Confessus vel conuictus de crimine, condemnatur.*
4 *Torturæ locus est vbi sunt indicia.*
5 *Non leuia.*
6 *Sed clara & certa.*
7 *Etiam in atrocissimis criminibus indicia ad torturam debent esse clara.*
8 *Contra, ibidem ex sententia aliorum.*
9 *Quæ reprobatur.*
10 *Reus absoluendus est vbi indicia non sunt ad torturam sufficientia.*
11 *Fama per testes quomodo probetur.*
12 *Nec sufficit quod publice duci audierint.*
13 *Glossa Accursii authoritas magna.*
14 *Fama non probat nisi originem habuerit ex fide dignis.*
15 *Testes de fama deponentes dicere debent à quibus originem habuerit.*
16 *Et alias causas adferre debent probabiles alioquin dicitur vana vox populi.*
17 *Nemo potest absque miraculo esse in duobus locis eodem tempore.*
18 *Iudicis testimonium in causa in qua iudicauit non valet.*

19 Iudex

19 *Iudex qui interposuit decretum in donatione facta à furioso non potest testificari non fuisse furiosum.*
20 *Vana vox populi non est curanda.*
21 *Testibus pluribus & dignioribus credendum.*
22 *Bona fama inquisiti tollit contraria indicia.*
23 *Bona fama praefertur malae.*
24 *Et tollit indicia quae oriuntur ex probatione malae famae.*
25 *Confessio vnius socii criminis facit indicium ad inquisitionem.*
26 *Socii criminis depositio confirmari debet in tortura ad purgandam infamiam.*
27 *Socius criminis, vt aliquod faciat indicium requiritur, vt alias sit bonae conditionis & famae.*
28 *Et quod deponat verisimilia.*
29 *Testi reuocanti suam depositionem non creditur.*
30 *Et an standum sit priori vel posteriori dicto.*
31 *Testis dictum prius debilitatur ex posteriori contrario.*
32 *Testes de auditu, vt fidem mereantur quid requiratur.*
33 *Cuicunque licet sanguinem suum quoquo modo redimere.*
34 *Titubatio facit indicium delicti.*
35 *Fuga indicium est delicti.*
36 *Quod indicium purgatur spontanea comparitione.*
37 *Indicia simul iungi an possint.*
38 *Indicium quodlibet debet esse in suo genere perfectum, vt simul iungi valeant.*
39 *Purgatio canonica indicenda non est ei, qui nulla laborat infamia.*

Christi redemptoris nostri suffragio implorato.

IN praesenti causa C. G. de crimine veneficii Inquisitae, respondimus quatuor ab hinc fere annis ex actis & processu tunc ad nos transmisso ad aliquot quaestiones Iuris nobis propositas pro iustitia decidendas.

Nunc vero totus ac integer processus iterum ad nos transmissus est. Et quia iam est in causa conclusum, instatque Procurator Serenissimi D. Principis siue fisci, vt contra eam vlterius procedatur: Defensores vero ipsius C. petunt eam absolui, facile colligimus in praesentia nostri id muneris esse, vt pro iustitia respondeamus, an praefata matrona sit de iure absoluenda ab inquisitione, & aliis contra eam agitatis: an vero quaestionibus & torturae ad veritatem indagandam subiicienda.

Consideratis itaque diligenter ac mature omnibus actis, testificationibus, defensionibus, & totius causae circumstantiis, & toto processu ad nos transmisso in eam venimus vnanimi consensione sententiam, praefatam C. esse de iure absoluendam & liberandam, tanquam culpabilem non repertam ab omni inquisitione, imputatione & processu informatiuo contra eam fabricato atque instituto.

Vt autem hanc sententiam ac responsum nostrum iuri & aequitati consentaneum esse demonstremus, singula indicia & argumenta, quae aduersus eam proponuntur, & ex processu considerari ac deduci possunt diluemus, ostendemusque, ea tam separatim, quam simul iuncta nec ad condemnationem, nec ad torturam sufficere, ac nullius plane momenti esse.

His ita constitutis manifestum erit eam esse absoluendam, cum ipsa recte negans se deliquisse intentionem habeat fundatam, secundum iuris regu-
1 las. Nam delictum † non praesumitur, sed probari debet *l. merito. ff. pro socio. l. item apud Labeonem. §. si communem. ff. de iniur.* Et actore non probante † reus est ab- 2
solvendus. *l. qui accusare. C. de edend.* probationesque debent esse luce meridiana clariores *l. vltim. C. de probationib.*

Et haec passim à nostris Doctoribus allegari solent, vt videre licet ex Antonio Gabrielio *lib. 7. commun. conclus. tit. de maleficiis. conclus.* 1. & Menochio *lib. 6. de praesumpt. c.* 2

Tresque in hac materia conclusiones tradi solent iuri valde consentaneae.

Prima. si reus † accusatus de crimine, siue inquisi- 3
tus, confessus vel conuictus fuerit, condemnari debet *l. qui sententiam. C. de poenis.* Decius pulchre *in c. at si clerici. in 1. notabili. de iudic.* & ita seruatur, vel, vt Bossius loquitur, ita practicatur, *in titul. de conuictis. num 3.* refert & sequitur Clarus *§. fi. q. 66. in pr.*

Secunda, si reus delictum negauerit, neque † te-
stibus aut aliis probationibus conuinci possit, tunc, 4
siquidem indicia contra reum extant probabilia & verisimilia, & conditio personae id patiatur, ad inuestigandam veritatem, quaestionibus subiiciendus sit. *l. milites. §. oportet. C. de quaest.* & ita responderunt Bald. *in cons. 77. num 1. lib. 3.* Crauet. *cons. 6. n. 12. & cons. 99. n. 1.* Roland. à Valle *cons. 24. num. 23 lib. 1.* Menoch. *de arbit. iud. casu 270 praesumpt. 89. n. 3.*

Nec enim leuia † indicia sufficiunt aut perfuncto- 5
ria, vt dicitur, & quae plurib. modis interpretari possunt, nec est eundum per ambages in tanto discrimine, vt respondit Bald. *in cons. 402. lib. 5.* Natta *cons. 42. n. 1. & 298. n. 13.* Rol. à Valle *cons. 24. n. 24. lib. 1.*

Certa igitur & clara † indicia esse debent ad tor- 6
quendum, cum agatur de maximo & irreparabili praeiudicio Marsil. *in § diligenter. n. 29. & cons. 20. n. 47.* Et debent esse tam verisimilia & vrgentia, vt sola confessio rei deesse videatur, vt dicebat Gandinus *in tract. malef. tit. de quaestionibus & tormentis.* refert & sequitur Alex. *in cons. 133 n. 17. lib. 7* & Crauet *cons. 6. n. 12.*

Et haec procedunt etiam † in atrocissimis crimini- 7
bus, puta, in crimine laesae Maiestatis, vt docet Gl. communiter recepta. *in l si quis alicui. C. ad l. Iul. maiest.* Marsilius *singular. 117.* Cacheran. *decis. Pedem. 79. n. 14.* Rol. à Valle *cons. 12. num. 32. lib. 3.* Franciscus Becius *cons. 67. n. 14.* vbi alios citat.

Ex quo apparet non esse audiendos eos, qui dixerunt, in atrocissimis delictis (quale est crimen, quo 8
de agitur) ad torturam procedi posse contra inquisitum, etiamsi non sint sufficientia indicia, vt dicebat Clarus *in pract. crim. §. 1. vers. sunt etiam.* Binsfeldius de hoc crimine loquens *tract. de confessionib. maleficorum. in 2. memb. conclus. 6. vers. septimo regulare.* quia enormissima delicta, eius sint naturae, vt alterent iuris dispositionem, vt Marsilius *sing 601.*

Nam haec sententia nullo iure probatur aut certe intelligenda est, quando constat delictum atrocissimum † ab eo commissum esse, qui de eo insinulatur. 9
Tunc enim in eo puniendo licet iura transgredi, id est, ordinarius poenas legibus constitutas. Caeterum antequam id constet, & donec causa pendet in procedendo contra reum inquisitum seruandae sunt leges. Etenim tunc non possumus dicere nos versari in atrocissimo crimine. sed verius dicimus versari in imputatione siue accusatione atrocissimi criminis: ita declarat Marsil. *in pract. crim. §. diligenter. num. 69. & in cons. 52. n. 16.* Grammatic. *vot. 34.* Roland. à Valle alios citans *in cons. 12. n. 72. 73. lib. 3.*

Tertia est conclusio: si non extent indicia grauia contra † reum accusatum, vel requisitum, ex quibus 10

torqueri possit, eum absoluendū esse. & ita accipiendum text. *in l. qui accusare. C. de edendo.* vbi dicitur actore non probante reus absoluitur. Hæc enim regula locum habet tam in causis ciuilibus, quam etiam criminalibus, vt notat Ias. *ibid. n. 5.* Villalob *commun. opin. lit. A. nu. 47.* Clarus in terminis §. *fin. q. 62. in princ.* Mascard alios citans *vol. 1. de probat. concl. 36. n. 26.*

Nos non versamur in prima, nec in secunda conclusione, in causa, de qua nostra est consultatio, quia C. inquisita de maleficio, non est confessa, neq; conuicta, nec etiam probabilibus & verisimilibus indiciis ita oppressa & grauata, vt quæstionib. subiicienda sit, id quod patebit ex refutatione eorū indiciorum, quæ ex actis colligi possunt, & contra eam proposita fuere.

Sed versamur in tertia conclusione, quando non extant indicia verisimilia & probabilia, quæ ad torturā sufficiunt, quo casu absoluenda est, vt patet ex prædictis, & clarius patebit ex solutione ac respōsione omnium argumentorū & indiciorum, quæ nunc ordine referemus & refutabimus, quandoquidē, vt iam dictum est, satis clare fundata sit C. intētio in iuris præsumptione, & in conclusionibus Dd. communiter receptis, præter ea, quæ ex articulis defensionalib. in eius fauorem militare nobis videntur ex actis prædictis.

Primum igitur indiciū contra C. est ex fama sparsa eam fuisse repertam in cella vinaria in Viansperg potam omnino, & male ibi exceptam & vulneratam.

Hoc indicium tollitur ex defensionibus C. multis modis; Primo quia fama non probatur, nisi testes di-
11 cant se audiuisse à maiore parte populi, & † maiorem partem populi ita sentire, quod non deponūt in præsenti causa examinari testes, ex doctrina glos. *in l. 3. §. eiusdem. ff. de testib.* quam secutus est Bart. *in l. de minore. §. plurimū. n. 19. ff. de quæst.* sequitur Crauet. alios citans *in cons. 41. n. 5.* plurimos alios eiusdem sentētiæ sectatores commemorat Clarus § *fi. q. 6. vers. debent etiam.*

Et licet hæc sententia dubia sit ex eo, quod Bald. *in c. literas. de præsumpt.* dixit sufficere, si testes dicant,
12 se † audiuisse id publice dici, quem multi secuti sunt à Claro allegati, & à Mascar. *vol. 1. de probat. concl. 749. n. 4.* tamen præcedens opinio communior est, & in dubio, quia reo fauet, & delictum excludit, videtur amplectenda ex tradit. per Menoch *de præsumpt. lib. 1. præs. 71. n. 32. 33. & 34.* præsertim cum authorem habeat Accursium ex trad. ab Ias. *ad l. vt vim n. 34. ff. de iustit. &*
13 *iur.* quem † omnibus Latinis & Græcis interpretibus anteponit Cuiacius *lib. 3. c. 11.*

14 Secundo, quia inter omnes constat, famam † non probare, nisi originem habuerit ex honestis & fide dignis personis, & non suspectis, neque maleuolis, *argum. c. qualiter & quando. de accusat.* Cacheran. *decis. Pedemont. 101. n. 17.* Carolus Imp. *const. crimalib. const. 26.*

15 Et ideo testes debent dicere, à quibus † originem habuerit fama, vt dixit Innoc. *in c. qualiter & quando. de accus.* Bart. *in l. de minore §. plurimum. n. 23. ff. de quæst.* & est communis Dd. sententia, vt per Clarum §. *fi. vers. amplius.* Inde enim cognosci potest, an sint honestæ personæ, & non maleuolæ & suspectæ, vt per Mascardū loco statim allegando. Et causas probabiles præterea debent adferre, ex quibus populus inductus sit
16 ad credendum, alias dicitur † vana vox populi, quæ audienda non est, vt inquit text. *in l. decurionum. C. de pœnis.* ita Alex. *cons. 70. n. 5. lib. 3.* Plures alios in eādem sententiā adfert Mascar. *de probat. vol. 2. concl. 749. n. 11. 12. 15.* Sed testes in casu nostro hæc non deponunt, vt videre licet ex processu, ergo fama non est probata.

Et re vera putamus in casu nobis proposito vanā fuisse vocem, quæ sparsa fuit cōtra matronam hanc, quod fuerit in dicta cella vinaria reperta. Nam Scheckelius pastor vaccarū, à quo potissimum vox emanauit hoc nomine accusatus ab ea, reuocauit id, quod dixit, ebrietatem allegans, quapropter relegatione punitus fuit.

Præterea Commendator nobilis in Viansperg, in cuius cella vinaria hæc accidisse dicebantur, literis requisitus de veritate testificatus est scripto quodam Cellarium suum se absente examinatum à magistratu suo deposuisse ea, quæ dicebantur de C. in cella ipsius reperta falsa & efficta fuisse. Et præterea idem nobilis deponit se & cellarium & totam familiā interrogasse & examinasse sup hoc, & nihil scire potuit de persona in cella reperta. Itaque non cōstat de corpore delictis, de quo tamen inprimis constare debet, ad hoc, vt contra aliquem procedi possit ex fama publica, sicut latius deduximus in priori responso.

Amplius ex depositione Annæ Doctoris Bulneri vxoris alias nominandæ præsentes fuisse super articulo defensionali 11. & 12. probatur, Inquisitam eo tempore, quo dicebatur in cella fuisse reperta, alibi fuisse, nimirum eam adfuisse puerperæ cuidā officialis viri; ex quo apparet falsam fuisse dictā famā *argum. l. optimam C. de contrah. & committ. stip.* vbi Bald. scribit hoc non sine † miraculo fieri posse, vt quis eodem 17
tempore sit in duob. locis, sicut de D. Ambrosio memoriæ proditum est, qui mane Missam Romæ celebrauit, & statim visus fuit Mediolani, refert & sequitur Menoch. *de arbitr. iud. in casu 170. n. 10. & 11.*

Secundum indicium est, quoniam testes 12. super tertio articulo inquisitionali examinati, deponūt, famam fuisse ante aliquot annos, C. fuisse veneficam.

Hoc quoq; indicium nullius est momēti. Primo, quia ex dictis duodecim testibus quinq; fuerunt iudices in hac causa, qui ad capturam & inquisitionem contra C. processerunt, ac proinde illis adhibenda fides non est, quippe qui tractant de se exonerando, id est, de eo quod ipsorum interesse & commodū spectat, ne teneantur in syndicatu. Nam iudicis † testi- 18
monium in ea causa, in qua iudicauit, non valet *c. statutum. 5. q. 6.* Innoc. *in c. 2. de arbitr.* Felin. *in c. cum à nobis. n. 5. de testib.* Menoch. late *de arbitr. iudic. q. 73.* Mascard. *de probat. vol. 2. concl 951 num. 2. & 3.* Et ideo iudex, qui suum interposuit decretum † in donatione bono- 19
rum à furioso facta, non posse ferre testimonium illum furiosum non fuisse, respondit Alexand. *cons 68. n. 16 lib. 2.* Curt. iun. *cons. 165. n. 21.*

Cæteri autem testes septem infimæ plebis sunt & leues, & aliqui eorum dicūt C. odio habitam fuisse à ciuibus. Quia butyrum in magna copia emebat, & Spiram ac Stugardium mittebat ad suas filias. Alii quod propter senectutem & inuidiam fuerit saga appellata & nullus eorum quenquam nominare potest, à quo audierit ista, qui sit fide dignus. Sed dicunt omnes in genere à communi plebecula & fece hominum hæc dicta esse: & quidam eorum hæc audierunt in popinis cereuisiariis, vel in scholis puerorum, & in locis vbi infimæ cōditionis homines conuenire solent. Ex quibus omnibus facile intelligi potest, quanta sit fides istis de hac fama deponentibus adhibenda, & an vera fuerit fama, vel potius † ina- 20
nis vox populi & falsus rumor & somnium, vt dicebat Baldus *in c. vigilanti. num. 5 de præscript.* Felinus *in c. si diligenti. num. 5. eod. tit.* & alii apud Mascardum *de probationib. vol. 2. conclusio. 749. num. 17.* Si quidem, vt supra dictum est, testes deponere debent, à quibus

quibus fama originem habuerit & ii debēt esse probi & honesti, non autem suspecti, vel maleuoli, vt possit ex iis perpendere Iudex, quanta sit fides adhibenda, vt explicat Mascardus late, *tota illa conclusione.* citatis authoribus, & Clarus *in dict. quaestio.6. versicul. sed quid si.*

Secundo ideo nullius momenti est attestatio dictorum duodecim testium, de fama contra inquisitam, quia septuaginta quinq; testes è contrario sunt, qui negatiue deponunt de fama ista, hoc est, nunquam se audiuisse inquisitam laborare hac fama mala, quod fuerit saga & malefica. Sunt enim ex triginta sex testibus à parte aduersa, hoc est, fisci productis viginti quatuor, & alii quinquaginta & vnus producti ab inquisita, viri honorati, ducalis Consiliarii, honesti viri, nobiles matronę honestissimę, quibus procul dubio tanquam dignioribus & longe pluribus,
21 quam † contrariis magis credendum est, *l. 3. § an magis. ff. de testib.* Bart. *in l de minore. § plurium num. num. 26. ff. de quaest.* Mascardus *conclus. 750. volum. 2. de probationibus.*

Tertio, dicta testium depositio de mala fama nullius est momenti; quia in contrarium de bona fama extant depositiones testium viginti super articulis purgatorialibus examinatorum, & duodecim aliorum testium examinatorum in causa contra Schlegelium.

Et dicti testes viginti circiter sunt omni exceptione maiores, Cancellarius, Consiliarii, nobiles & honesti viri ac matronae: quibus probatur dictam C. olim in matrimonio, & nunc viduam honestissime vixisse, ita vt nullus alicuius delicti eam accusare, aut diffamare potuerit. Et quod ab omnibus honestis viris semper pro honesta matrona habita fuerit, & quod ita vixerit domi suae, vt de Dei benedictione in bonis suis constare potuerit, & ab omnibus laudata fuerit. Item, quod filios & filias suas honesto matrimonio collocauerit splendido & honorifico ob virtuosam & bonam eorum educationem, quod verisimiliter non contigisset, si illa de hoc sortilegii crimine diffamata & apud bonos viros suspecta fuisset.

Item quod in templo Christiane vixit & pacifice vixerit, nec vllus reperiatur, aut repertus fuerit, qui illam nocuisse cuipiam conquestus fuerit. Amplius aegrotis illam adfuisse & consolatam fuisse, infantes curasse, puerperas iuuisse medicinis & aliis rebus publice emptis ex apothecis, adhibitis remediis naturalibus. Et non rebus occultis, & demonstrans quomodo ea remedia applicari deberent.

Vnde factum esse, vt pro patrina tam à Ducalibus Senatoribus, quam ab aliis honestissimis ciuib. fuerit adhibita. Item quod Principissae ex sacro fonte filias eidem leuarint, praeterea duae Principissae, nempe mater & vxor Principis saepe ad se eam vocarint, illiusq; consuetudine, & consilio vsae fuerint, & semper se ei benignas exhibuerint.

Et semper eam in honore habitam ab omnibus Consiliariis ducalibus & ad conuiuia vocatam fuisse, ita, vt nullus eius consortium vitauerit, inimicam fuisse sermonibus & actibus inuerecundis, nec vnquam cum leuibus & malae famae hominibus fuisse conuersatam.

Haec omnia, negari non potest, quin prorsus elidant indicium illud, si quod ex malae famae depositione dictorum testium oriri potest.

22 Nam bona fama † inquisiti tollit indicium, quod ex mala fama allegatur, sicut contraria contrariis curantur, & vna praesumptio tollit aliam. *l. diuus. ff. de in integr. rest.* & vnum indicium tollit aliud. *c. accedens de crimine fals.* Itaque si fuerit probata mala & bona fama; bona † fama praefertur & obtinet fauore rei, vt 23
dicebat Bald *in l fin. ff. de feriis.* Felinus *in c. cum contingat. num. 2. de rescript.* Marsilius *cons. 15. num. 10. & consil. 18. num. 40. & cons. 44. n. 20 & cons. 72 n. 20.*

Et quod bona fama † tollat indicium, quod ori- 24
tur ex probatione malae famae tradit Clarus *§. fi. quaest. 60. vers. frequens etiam.* Roland. à Valle *in cons. 96. n. 23. lib. 2. & 73. num. 35 & cons. 7. num. 51 & cons. 16. num. 24. & cons. 38. num. 59. & cons. 45. nu. 44. lib. 1. & cons. 3. num. 51. lib. 3.* Prosper Farinacius *q. 11 tit. de inquisitione. nu. 77.* & isti alios citant, ex quibus patet hanc esse Doctorum sententiam.

Tertium indicium contra inquisitam nostram sumitur ex depositione L. siue, vt in actis dicitur P. vltimo perseuerantis in confessione de C. inquisita, tanquam criminis socia.

Sed tollitur hoc indicium multis rationibus, quas in priore responso nostro late deduximus, & nunc etiam latius deducemus.

Primo, quia confessio vnius socii criminis, etiam in casibus exceptis, non facit † aliquod indiciū prae- 25
terquam ad inquisitionem generalē, vt tradit Bossius *in tit. de inquisitione. n. 42.* Binsfeldius *de confessionib. maleficorum. concl. 4.* Fulgos. *cons. 136.* prout eum refert & sequitur Decius *cons. 189. n. 7.* & Marsil. *in pract. § postquam. num. 94.*

Secundo, quia L. haec nō deposuit in tortura, prout requiritur ad † purgandam infamiam, *arg. c. illi qui. 5. quaest. 5 c. imprimis. § fi. 2. q 1.* Rol. à Valle *cons. 51. nu. 29. lib. 1* Menoch. *de arbitr. iud. casu 474 n. 49. 50. 51.* 26

Tertio, quia vt socius criminis aliquod faciat indicium requiritur, vt alias sit bonae † conditionis & 27
famae: qualem non constat L. fuisse, qui fuit homo vilis & perditae vitae ac personae, vt per Menoch. *loco proxime citato. n. 54.* & tradunt Mascar. & alii in priore responso citati, quib. addi potest Eug. *consil. 76. num. 87. & num. 149.*

Quarto, quia requiritur, vt socius criminis † veri- 28
similia deponat, vt late deducit Menoch. *loco annotat. n. 58.* At haec non sunt verisimilia, quod nimirum hęc matrona tale crimen perpetrauerit, quae semper fuit bonae famae & existimationis, beneq; & honeste vixisse probatur, ex tot testibus in processu examinatis.

Quinto, quia confessio haec de C. fuit à L. iudicialiter reuocata, non tantum semel, sed & bis & tertio dicente verum non esse, quod de C. dixit, & se illi fecisse iniuriam, & alias etiam extraiudicialiter. Quare nullam fidem facit † eius depositio propter contra- 29
rietatem & repugnantiam *l. dos. ff. ad l. Cornel. de fals. l. qui falso. ff. de testib. c. sicut nobis. de testib.* & tradunt Anton. Butr. *in c. cum in tua. de testib.* Bald. *in l. vltim. C. de re iud.* Ioan. Crot. *de testib. nu 344.*

Et licet dubium esse possit hoc in casu, an † stan- 30
dum sit priori depositioni, ex his, quae tradit Felin. *in d. c. cum in tua nu. 4* post Abbat. *ibid nu. 10.* Couar. *lib. 2. resol. cap. 13 num. 8. versic. tertium.* Menoch. *de arbitr. iud. casu 108. num 10.*

Tamen omnes fatentur priorem depositionem esse debilem, & valde minui, ac debilitari † ex poste- 31
riori contraria depositione ac reuocatione, vt tradit Felinus post Abbatem *in dict. capit cum in tua. numero quarto.* Mynsinger. *dict. centur. 2. obseruat. octuagesima sexta.*

Et in casu nostro haec disputatio locum habere non potest, quia ex Constitutione Carolina confes-

sio non perseuerans habetur pro nulla, *vt habetur in pœnalib constit. tit.* 3.

Videant igitur Iudices quanta fides sit adhibenda confessioni vnius socii criminis, quæ per se non facit indicium ad torturam, imo nec ad specialem inquisitionem, sed ad generalem tantum, & est toties reuocata tam iudicialiter, quam extra iudicium, non firmata in tormentis, hominis diabolici, vilis & pessimi.

Et non sine suspicione suggestionis eidem factæ de persona Cordulæ ab ipso officiali, vt ipse L. fatetur & patet ex literis ministri S. Decani in *L. contra l. 1. §. qui quæstioni ff de quæst.* Quapropter nulla est fides ei adhibenda, vt per Menoch. *de arbitr. iud. casu* 470. *num* 53. cum aliis adductis in primo responso.

Quartum indicium est ex depositione vxoris dicti L. Item ex depositione B K & M. cuiusdam, quæ de crimine maleficii inquisitæ & condemnatæ fuerunt.

Sed facile hoc indicium diluitur: quia omnes istæ fœminæ deponunt se audiuisse à L. & amplius vxor dicti L. est inconstans & varia. Quia deposuit primo se id audiuisse à Laurentio in loco delicti: Deinde id reuocauit, & dixit se audiuisse in carcere; sed nihil, vt dicebamus, obstant hæ depositiones. Quia sunt de auditu à L. cuius depositio nihil valet, & nullum prorsus indicium facit; Vnde non plus est illis credendum, quam L. Quandoquidem satis absurdum est illos admitti, quorum repelluntur authores, vt, inquit S. Pontifex *in c. licet ex quadam. de testib.* Et ideo ibi dicit, vt testes de auditu fidem mereantur, necesse esse, vt à duobus ad minus audierint, nec ab infantibus & suspectis, sed à fide dignis & omni exceptione maioribus Natta *in consil* 170 *num.* 5. vbi † quod testes, qui ab alio audiuerunt non probant, si eorum author non sit idoneus *citans dictum textum & alia.*

32 Quintum indicium adfertur ex eo, quod fuerint homines ex ciuitate N. ad captiuos missi, qui cum iis clam & palam, submissa & clara voce collocuti sunt, & didicerunt, quidnam ipsi captiui de inquisita conquesti fuerint.

Sed nullum est hoc indicium, quia non est probatum in facto, imo contrarium est probatum, quia tres scholares examinati, sponte se iuisse ad captiuos dicunt.

Sextum indicium est, quia inquisita ad Decanum in L. literas dederit rogans, vt captiuos antequam morti adiudicarentur alloqueretur, & moneret, vt veritatem dicerent, inserens, quemadmodum spero & confido, quod me iam absque refugio & consolatione non derelinquetis, & postea subiungens, quod si officii sui & conscientiæ commonefacti fuerint, dicta sua reuocare debebunt, in eo quod personam meam concernit, si veritatem dicent. Quod si futurum est sicut conscientiæ suæ commonefacti dicta sua publice coram omnibus, & maxime iudicialiter reuocent, rogo elaborate sedulo, illud ego compensabo.

Indicium hoc nullius est plane momenti; Nam inquisita non subornauit, nõ instruxit, non rogauit quenquam ad falsum dicendum, sed ad veritatem dicendam, & confisa de innocentia sua non dubitauit, quin captiui reuocarent confessionem de se factа, si suæ conscientiæ commonefacti essent, prout reuocarunt. Porro Decano compensationem promisit, si forte occupatus cum esset, res suas ideo negligeret, vt huic honesto officio operam daret, quo captiui ad veritatem dicendam monerentur.

Nam si cuicunque licet sanguinem suum † redimete, & ideo etiam aduersarium suum corrumpere & præuaricatorem *l. 1. ff. de bon. eor. qui mort. sibi consc. l. vlt. ff. de præuaricatorib.* quanto magis rogare licebit, vt captiuus moneatur ad veritatem dicendam. 33

Septimum indicium est, quia D. Doctor A. Cameræ Spirensis Assessor gener dictæ inquisitæ, cum clerico quodam egerit, vt is in G. ad Decanum iter faceret, cumque eo ageret, vt ille cum Decano in L. vbi captiuæ maleficæ detinebantur similiter ageret super instructione data concernente hæc quatuor puncta. Primum, quomodo epistola in exordio concipi deberet, ne Decanus in L. animaduerteret, in quẽ finem totum negocium à Decano in G. dirigeretur & tenderet, & vt habent verba: Tecte omnino, ne odoretur, cuius gratia literæ dentur, & vt apud Decanum in L. illud efficeret, vt captiui omni diligentia admonerentur, ne sibimetipsis, & aliis etiam iniuriam aliquam dictis suis inferrent, præsertim vero illa clausula formaliter instructioni inserta fuit: Hoc capitulum bene inculcandum foret in literis, an nimirum post huiusmodi exhortationem nihilominus in indicationibus persisterent, necne.

Secundum, quod ex illo expiscari deberet, quænam ex præcipuis fœminis, & qualiter inculpatæ fuerint, & vtrum sit credibile, cum procul dubio tales pie & cum laude Christiane vixerint.

Tertium, an captiui in sermonibus suis & confessionibus sint inconstantes, & dicant se coacte aliquos indicare & inculpare debuisse, cuius rei nunc eos pœniteat.

Quartum, cur captiui, si nocentes sint, supplicio non afficiantur.

Huic petitioni sic factæ expediendæ, se Decanus in G. promptum & paratum obtulit, & non solum secundum dictam instructionem puncta petita expiscatus est ex Decano in L. sed illum etiam ad diligentem sollicitationem captiuorum adhortatus est.

Quemadmodum etiam Decanus ille in L. alteri Decano in G. puncta petita cum responsionibus ad illa datis communicauit, ea tamen lege, vt ea secreta, & arcana haberet, & nemini enunciaret.

Et quamuis Decanus in L. arbitraretur Decanum de G. hæc sui ipsius causa scire voluisse, vt nimirum quid in posterum in eiusmodi casibus faciendum sibi esse edisceret, tamen hæc omnia Doctori A. aperuit istis verbis insertis: Ne nobis periculo & fraudi esse possit.

Hoc indicium, ita prolixe deductum refellitur quam facillime. Nam in primis factum Doctoris A. non potest obesse ipsi inquisitæ, secundum iuris regulas, quibus dicitur alterius factum alteri nocere non debere *l. 6. §. si plures num. ff. de oper. noui nunc.* & inter alios acta, alius neque prodesse neque nocere. *toto tit. Cod. res inter alios acta.* Deinde nihil fecit Doctor A. quod arguat, inquisitam crimen istud commisisse, sed socrum suam iuuare, & quo in statu causa eius esset explorare conatus est, quod nullo iure prohibitum est.

Octauum indicium, quoniam inquisita hæc, cum intellexisset nouum quendam & externum carnificem venturum, qui singularia secreta veneficas examinandi habiturus esset, singulari terrore ac tremore perculsa fuit, & insinuauit, quasi ipsamet apprehendi debuisset, qui timor est indicium malæ conscientiæ. Hinc illud Ciceronis in Oratione pro

Milone:

Milone: *Magna est vis conscientiæ in vtramque partem, vt nec timeant, qui nihil commiserunt & pœnam semper ante oculos versari putent, qui peccauerunt.*

Et ex sacris literis *Prouerbior.* 10 scriptum est: Pauor his qui operantur malum. *& libro Sapientiæ. caput. decimo septimo.* Cum sit timenda nequitia testimonium dat condemnationis. Semper enim præ-
34 sumitur læua † & perturbata conscientia, ex nostris, quod titubationem, & animi trepidationem pro indicio recensent Marsilius §. *dilige- ter. num.* 74 Blancus *de indiciis. num.* 159. Clarus § *fin. quæst.* 21. *versic. cæterum solet.*

Sed facillime hoc refutatur, quoniam hæc asserta trepidatio non probatur ex actis: Vna enim sola testis fœmina hoc deponit, inquisitam nostram hoc sibi dixisse: Certo nunc in carcerem coniiciar, quia fiscalis est mihi inimicus, ego tamen habeo bonam conscientiam, & de facto hoc faciet, quia timeo mihi vim fieri.

Hæc non sunt verba trepidantis, quasi aliquod maleficium commiserit, sed timentis sibi vim fieri, ex quo non potest vllum prorsus indicium sumi: præsertim, quia causam inquisita attulit, quia N. fiscalis erat sibi inimicus, præterquam, quod illa testis est vnica, & non legitime iurata, ac proinde non sit vlla ratio eius depositionis habenda. *l. iurisiurandi. Codic. de testib.*

Nonum indicium prætexitur ex fuga, quasi videlicet, inquisita timens, ne in carcerem detruderetur, fugam arripuerit, rebus etiam suis asportatis.

35 Solet † enim fuga indicium esse delicti ex traditione per Dominum Clarum. § *fin. quæstion.* 21. *versic. fuga.*

Verum nullo negotio tollitur hoc indicium.

Primo, quia ex actis apparet, inquisitam non aufugisse, sed palam discessisse cum suo genero, Vicecancellario, eo quod filia sua esset prægnans, & propinqua partui, & hunc discessum Principi intimauit, & ab eo licentiam petiit, eiusq; Consiliarius id significauit.

Secundo, quia sponte rediit eo tempore, quo G. & L. detentæ morti adiudicabantur. Est autem apud omnes in confesso, cum quis postmodum
36 sponte † reuertitur, omne indicium purgari, Bartolus *in leg. quis sit fugitiuus. §. si autem. ff. de ædilit. edicto.* Clarus §. *final. quæstion. vigesima prima. versicul. fuga. in fin.*

Quemadmodum & ob iustas causas profectio & absentia, vt in causa nostra nihil nocet, vt declarat post alios Dominus Iacobus Menochius *de præsumpt. libro primo. præsumptione vndequinquagesima nona. numero trigesimo octauo. & trigesimo nono. ab initio.* Quod vero dicitur de rerum asportatione, nihil prorsus mouet, quia erant lecti quidam pertinentes ad vxorem Vicecancellarii, filiamq; ipsius inquisitæ, quos illi mittebat, vt probatum est ex testibus.

Decimum indicium est, quia quædam mulier Veneficii conuicta nomine R. cum in iudicio interrogata esset, vt socias suas indicaret, seque nullam habere respondisset, tandem in hæc prorupit verba: Dicitur & Doctorissam G. veneficam esse.

Nullius est momenti: quia testis est vnica, & de auditu, nec nominat, à quibus audiuerit, & quando id audiuerit, vt merito inferior Iudex requisitus, ad processum transmittendum in A. Commissario scripserit 11. Iulii, Anno millesimo quingentesimo nonagesimo tertio, in illo processu R. nihil plane repertum esse, quod inquisitam concernat. Quia incidenter fecerit in tortura eius mentionem.

Vndecimum indicium ponitur, quod in H. personæ quædam vltimo supplicio affectæ, de Doctorissa G. deposuerint: sed de hoc in actis nihil habetur: ideo nulla indiget confutatione.

Duodecimum indicium ponitur ex conuersatione cum malis hominibus, puta cum L. supradicto. &c.

Sed hoc non probatur, nisi ex Laurentii depositione, cui quantum sit tribuendum vario, instanti, mendaci, periuro & malefico facile intelligi potest: nec aliud dicit, quam quod fuerit ab ea beneficiis affectus, & super hoc articulo conuersationis fuerunt testes examinati triginta sex, qui deponunt, quod inquisitam non viderint cum articulatis fœminis conuersari, aut illas ipsius ædes ingredi aut egredi, nisi quod quædam S. proxeneta eius ædes sit ingressa, vti solet etiam aliorum aulicorum ingredi, vt aliquid vendat, quæ tamen nondum est inter reas recepta.

Decimum tertium indicium adfertur ex domo, quæ aliquando fuit inquisita, & ab Illustrissimo Principe empta est, in qua dicuntur nocte lumina visa fuisse, & tumultus auditos; sed hæc in facto non sunt probata, & ad rem istam nihil prorsus pertinent, vt patet, & tolluntur satis clare ex iis, quæ in actis deducuntur.

Decimum quartum indicium est, quia inquisitæ discedenti ancilla quædam capsulam, cuius domi oblita erat in suburbium portauit, & postquam inquisitæ eam tradidit domum redire volens ingentem in vno pedum dolorem sensit, cui etiam chirurgi mederi noluerunt.

Coacta igitur fuit Carnificem adire, cui dixit, se malum hoc suum Doctorissæ Dominæ suæ accéptum ferre, & Carnifex ipse non aliis medicamentis vsus est, quam iis quæ adhibentur in morbis à veneficis prouenientibus, quia morbum hunc taliter prouenisse existimabat.

Sed hæc nihil ad rem faciunt, & in facto probata, nobis non videntur, imo ancilla examinata, negat se talia dixisse Carnifici, & nulli sunt alii testes.

Decimum quintum indicium proponitur, ex eo, quod ministerium in rebus diuinis, in ea, qua deberet esse authoritate ac reuerentia non habuerit ipsa inquisita, nec vlla eius deuotio siue feruor ad audiendum verbum DEI, excepto, quod aliquando honoris causa, vt dicitur, & ad ostentationem fecit.

Sed hæc in facto non probantur: Deposuit enim hoc vnicus iuuenis scholaris eius inimicus, qui ob malos mores ab ea fuit dimissus, & contrarium deponit Margar. coqua, & alii multi circiter quinquaginta, qui de pietate & bonis inquisitæ moribus testificantur.

Hæc sunt indicia quæ ex actis ad nos transmissis colligere potuimus, aduersus inquisitam, & quæ refelluntur ex iis, quæ deducta fuere, quatenus separatim considerantur.

Quod si simul iungantur iuxta illud, & quæ non † prosunt singula, multa iuuant, iuxta Glossam *in leg. secunda. ff. de excusation. tutorum.* & per Dominum Antonium Gabrielium latissime *libr. 1. tit. t.* 37

commun.conclusion.conclus.1. Non videmus etiam quomodo sufficere possint ad torquendam inquisitam, siquidem vix ad inquisitionem ea sufficere satis patet, ex dictis in hoc, & in priori nostro responso.

Et his accedit ratio, quæ sumitur ex recepta Doctorum conclusione, quod indicia non possint coniungi ad torquendum reum, nisi sit vnumquodque
38 indicium in suo genere † perfecte probatum, vt declarat Marsilius *consilio ducentesimo. numero quinquagesimo primo & consilio octuagesimo quinto. numero vigesimo secundo.* Ioannes de Amicis *consilio septimo. numero vigesimo septimo. & consilio 127. numero 24. & 25.* Tobias Nonius *consilio 99. numero 30.* Eugenius *consilio 63. numer. 71.*

Et cum nulla infamia laborare inquisita cognoscatur apud probos, graues & honestos viros, imo bona fama eius probata sit, existimamus eam de iure esse absoluendam & liberandam ab omni inquisitione & processu contra eam formato, licet nullum etiam iuramentum purgationis præstiterit.
39 Quia purgatio non est † illi indicenda, qui nulla laborat infamia apud honestos viros, *capit. cum in iuuentute. de purgation. Canonic.* facit textus *in capit. inquisitionis. §. vltim. de accusat.* Tiber. Decianus *consil. octauo. numero quinquagesimo octauo. libr. 1. & in tract. crimin. libr. 5. cap. 48.*

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Patriciis M.

ARGVMENTVM CONSILII XCIV.

De errore notarii in instrumento conficiendo, an vitiet testamentum, de eius emendatione & de aliis.

SVMMARIA.

1 *Falsitas debet de necessitate concludere.*
2 *Error potius præsumitur quam dolus & falsitas.*
3 *Dies non est de substantia instrumenti.*
4 *Ad inducendam falsitatem tria requiri.*
5 *Ad euitandam falsitatem sumitur interpretatio aliquantulum extranea.*
6 *Ad euitandam falsitatem pluralitas actuum præsumitur.*
7 *Instrumentum est probatio probata, & facit rem notoriam.*
8 *Vnius testis depositio non redarguit instrumentum de falso.*
9 *Instrumentum vt falsum reddatur, quot testes requirantur.*
10 *Testi singulari non creditur.*
11 *Testamentum valet, quando testator expressit notario suam voluntatem, & is eam coram testibus publicauit.*
12 *Valet testamentum ad interrogationem notarii.*
13 *Interpretatio fieri debet vt falsum euitetur.*
14 *Falsum non præsumitur, licet aliter scriptum reperiatur à notario, quam dictum à partibus.*
15 *Falsi suspicio tollitur ex loci celebritate.*
16 *Falsi suspicio tollitur cessante lucri spe.*
17 *Falsi suspicio tollitur ex testium multitudine.*
18 *Cuius præsumatur error notarii vel testatoris.*
19 *Falsum in vna parte instrumenti, non vitiat totum instrumentum.*
20 *Et quando contraria sententia locum habeat.*
21 *Falsum in vno capitulo commissum, non vitiat in alio.*
22 *Referenti creditur absque relato, cum profertur ab eo, qui potestatem habent disponendi.*
23 *Falsa demonstratio non vitiat legatum.*
24 *Instrumentum esse verum, quando quis teneatur probare.*
25 *Suspicio falsitatis habetur pro falsitate.*
26 *Falsitatis suspicio oritur ex mutatione dicti.*
27 *Et ex diuersitate testamenti & schedulæ testatoris.*
28 *Error notarii partibus non debet nocere.*
29 *Probationes in criminalibus debent esse luce meridiana clariores.*
30 *Errorem committens dolo & malitia, punitur.*
31 *Damni causam qui dedit quando teneatur.*
32 *De leg. diffamari. Codic. de ingenuis manum. nonnulla.*

Iesu Christi Redemptoris nostri suffragio humiliter implorato.

FActi speciem vna cum actis ad me transmissis opera fidelis & periti interpretis & facile percepi, & diligenti accuratoque studio examinaui ac perpendi: & ex eo quatuor potissimum quæstiones oriri, super quibus consilium & responsum meum pro iustitia petitum est, animaduerti: ad quas ea qua decet fide & sinceritate respondebo.

Prima quæstio est de testamento, de quo agitur, an impugnari possit tanquam falsum, aut minus recte confectum, vel in totum, vel saltem quoad legatum trecentorum florenorum in eo contentum.

Secunda, an notarius eo nomine puniri, aut certe conueniri aliqua ratione possit, vel quasi falsum admiserit, vel quia negligentia & culpa eius orta, lis fuerit inter tot consanguineos tam egregios & insignes viros, tanquam is, qui damni occasionem dedisse videtur.

Tertia, qua ratione ipsius notarii retorsioni respondert, eaq; dilui possit?

Quarta, quomodo declaratio in scriptis fieri possit ac debeat à Dominis Commissariis suæ serenitatis, iniuncta Dominis heredibus ab intestato legitimis, circa verbum *Falsitatis*, quod in scripto dictorum heredum continetur.

Quod attinet ad primam quæstionem quæ maximi momenti est, & reliquas videtur ad se quodammodo trahere, in vtramque partem eam discutiam, postea aliquot propositis conclusionibus, quid mihi videatur iuri consentaneum in tota hac disputatione indicabo.

In primis videbatur dicendum testamentum, quod proponitur, falsitatis argui non posse, quia probatio † falsitatis debet de necessitate concludere, vt dicebat Baldus *in leg. iurisgentium. §. quod fere. ff. de pactis.* Decius *in leg. singularia. numero trigesimo primo. ff. si certum petat. & in consil. centesimo octuagesimo nono. numero secundo.* Socinus Iunior *consilio trigesimo primo. numero vigesimo. libro secundo. & sexagesimo primo. numer. 1. & numer. 8. 9. eodem libr. & consilio 45. numer. 7. libr. 3.* 1

Sed in proposita facti specie probationes siue præsumptiones falsitatis non sunt concludentes: ergo testamentum falsum dici non potest.

Quod

Quod dictæ probationes ac præsumptiones non sint concludentes, probatur discurrendo & perpendendo singulas: hoc modo.

Prima præsumptio oritur, quia testamentum factum est die vigesimo tertio Februarii, Anno millesimo quingentesimo nonagesimo quinto. Notarius autem posuit in instrumento die 22. Februarii, dicti Anni.

Hæc præsumptio non concludit: Primo, quia id præsumitur potius per errorem factum à notario, quam ex dolo & malitia: Præsumitur enim potius
2 error † quam falsitas, *leg. quoties. §. 1.* & ibi Bartolus notat. *ff. de here l. institut.* Alexander *in consil. 40. colum. vltim. libr. primo. & consilio vigesimo septimo. in princip. libro secundo.* Decius *in leg. si librarius. num. decimo quarto. de regulis iuris.* latissime Mascardus *de probationibus. volum. 2. conclusion. sexcentesima quadragesima quarta. in princip.*

3 Secundo, quia dies † non est de substantia instrumenti, & ideo si vnus dies pro alio apponatur, errorem corrigere notarius potest, vt tradit Decius *in dict. l. g. si librarius. numer. 7.* & Cagnolus *num. 22. de regul. iur.* Mascardus *vbi supra, num. 11.* Natta *consil. 146. numer. 10.*

Secunda præsumptio oritur ex eo, quod notarius in instrumento nuncupatiui testamenti attestatur, illud per omnia cuidam scripto, in quo testatricis dispositio continebatur conforme esse, & ex illo diligentissime omnia fuisse desumpta, & tamen diuersitas non exigui momenti, reperitur inter vtrumque: Nam in instrumento nuncupatiui testamenti continetur legatum trecentorum florenorum fratribus & sororibus testatricis eorumque liberis. In scripto autem illo, ad quod se notarius refert loco dictorum trecentorum florenorum spatium relictum est, & omnino nihil positum & expressum est.

Hæc præsumptio non videtur sufficere ad probandam falsitatem, quia per errorem hoc factum fuisse, credendum est: non dolo aut malitia. Nam ad inducendam falsitatem tria requiruntur, muta-
4 tio † veritatis, dolus, & quod sit alteri nocitura. *leg. quid sit falsum. vigesim. tert. ff. ad leg. Cornel. de falsis, iuncta leg. nec exemplum. Codic. eodem.* vbi Diocletianus ait: *Nec exemplum editionis precum aliter per errorem, cum non nisi dolo falsum committentes crimini subiugentur, cognitionem dati iudicis moratur.* ita respondit Ancharanus *consilio 24. visa inquisitione. numer. septimo, & octauo.* Dominus meus Cæphalus *consil. trecentesimo quinquagesimo quinto. numer. quadragesimo quarto. libro tertio.* Mascardus qui alios citat *de probationibus. volum. 2. conclusion. 739. num 12.*

Sed hæc tria requisita in præsenti casu non concurrunt. Nam in primis dolus non probatur, nec præsumendus est, sed potius error: vt dixi, & tradit Dominus Iacobus Menochius post alios quos citat *de arbitrariis. casu trecentesimo nono. numer. 8.* Error autem in hoc consistit, quod notarius oblitus fuerit adscribere quantitatem legati in loco illo, vbi
5 spatium relictum fuit. Ad euitandam † enim falsitatem, sumi potest interpretatio aliquantulum extranea, vt respondit Grammaticus *in consilio trigesimo. numer. octauo. in fine. & in consilio trigesimo tertio. numer. 14.*

Hinc dicimus ad euitandam falsitatem, plurali-
6 tatem † actuum & personarum præsumi, ita Felinus *in capit. cum tu. column. prima. de testibus.* Grammaticus *consilio vigesimo tertio. numero primo. & 47. num. 11.* refert & sequitur Menochius *de præsumpt. libr. 5. præsumpt. 10. nu. 2. 3. 4.*

Tertium quoque requisitum non concurrit, quia hæc diuersitas inter instrumentum, in quo testamentum continetur, & alterum ad quod notarius se refert, nemini nocet. Et supposito, quod verum sit, testatricem summam trecentorum florenorum legasse suis fratribus ac sororibus & filiis fratrum, prout in dubio præsumendum est, propter iuris præsumptionem, quæ pro instrumento & notario militat in dubio, *iuxta leg. cum precibus. Codic. de probationibus.* Instrumentum enim dicitur † probatio pro- 7
bata, & facit rem notoriam, vt dicebat Bartolus *ad leg. 1. num. 8.* & ibi Iason *numer. decimo. ff. de oper. nou. nunc.* Decius *consil. 415. num. 9. & 474. num. 3. & 681. numer. 3.* latissime Tiraquellus *de retract. consang. §. 2. Gloss. 1. numer. 10. 21.* Crauetta *consil. 10. num. 7.* Socin. Iunior *consil. 178. numer. 2. libro secundo.* alios citat D. Iacobus Menochius *de recuper. poss. ff. remedio primo. numer. 224.*

Secundo, quia si Domini legatarii legatum trecentorum petant, heres institutus non potest eis legatum denegare sub eo prætextu, quod non sit expressa qualitas florenorum in altero scripto, ad quos notarius se refert, quia fieri potest, testatricem postea quantitatem expressisse, quam antea non expresserat, aut notarium per errorem non apposuisse in altero scripto dictam quantitatem, sed spatium reliquisse animo adscribendi, & postea fuisse oblitum.

Ex quibus infertur nemini nocere diuersitatem supradictam, inter vtrumq; instrumentum seu scriptum.

Tertia præsumptio est ex testimonio L. D. Consiliarii Cruci M. (qui ob grauæ senium examinatus, & paulo post mortuus est) is enim expresse affirmauit, cum à testatrice Sempronia requisitus esset, eam se in lecto inuenisse, quæ ei indicarit, quod testamentum vellet condere, quodq; vtrique parti 600. floreno. legarit.

Faciunt autem duæ partes florenos 1200. finito hoc dicto notarium cæterosque testes ingressos esse, & notarium schedulam porrexisse, eamque legisse, ex qua intellexerit iam dictos 600. florenos, vtrique parti legatos fuisse.

Prælecta autem schedula, neque testatricem, neque notarium huius rei, vt testes essent rogasse: & non amplius ipsam testatricem aliquid loquentem audiuisse: & se domum statim iuisse & vxori suæ hæc narrasse: quod videlicet maritus dictæ Semproniæ præfatis suis affinib. non nisi florenos 1200. soluere deberet.

Sed breuiter agendo, hæc præsumptio non videtur esse alicuius momenti: quia testis ille non est examinatus, secundum formam iuris, parte citata, ex mandato iudicis, & seruatis aliis iuris solemnibus.

Et dato quod solenniter examinatus supradicta deposuisset, tamen ex tali depositione falsitas notarii non probaretur.

Nam quando vnus tantum testis contradicit instrumento, † dubium non est, instrumenti fidem 8
non debilitari, tum quia singulare testimonium est, tum quia validior instrumenti fides est, ita Dominus Iacobus Menochius *de arbitr. iudic. casu 105. numer. 36 versicul. primus nunc est. facit l. iurisiurandi. Cod. de testib.*

Et ideo

9 Et ideo quatuor, vel saltem † tres testes requiruntur, qui instrumento contradicant, ad probandam falsitatem instrumenti, quia paucioribus non potest probari, vt censuit Gloss. *in leg. in exercendu. Cod. de fide instrument.* quam secuti sunt Guido Papæ, & alii quos refert Couarruuias *libr. 2. variar. resolution. capit. decimo tertio. numero decimo. versicul. Prima conclusio.* Practic. Papiensis *in forma opponendi contra instrument. in Gloss. dignoscitur. numer. 1. versicul. secundo casu.* Idem scribit Mascardus *de probationibus. volum. 2. conclusion. septingentesima quadragesima prima. numero secundo.* vbi citat Baldum id expresse dicentem, *consil. 403. numer. 1. libr. 5.*

Quarta præsumptio adfertur ex testimonio Conradi Ziggl, cuius quoque M. deponentis, testatricem sorori suæ moniali in S. *quinquaginta legasse.* Cum tamen in primo instrumento ad quod relatio habetur quindecim floreni tantum, alio quoque & minus nigro atramento, ad marginem signati inueniantur.

Hæc quoque præsumptio non videtur sufficere: Primo, quia testis ille non est solenniter ac iudicialiter examinatus, secundum iuris formam. Secundo, quia est vnicus & singularis in suo dicto ac depositione, nullum enim alium contestem habet ex actis transmissis.

10 Testi autem singulari fidem non † esse adhibendum explorati iuris est. *cap. licet causam. de probat. capit. bona. cap. dilecti. de election.* latissime Antonius Gabrielius *commun. conclus. libr. primo. titul. de testib. conclusion. secunda.*

Tertio, quia vt dixi contra notarium & instrumentum, nedum non vnus testis sufficit, ad illum conuincendum & redarguendum de falso, sed nec duo sufficiunt: sed requiruntur tres vel quatuor ex superius allegatis.

Quinta præsumptio est, quoniam Sempronia testatrix vltimam suam dispositionem, non in præsentia septem testium, sed notarii tantum remotis testibus exponi, & postea testibus prælegi curarit.

Sed hæc præsumptio nihil valet, quia sufficit te-
11 statricem, postea † curasse suam dispositionem testibus septem prælegi & explicari. Textus est clarus, *in leg. hac consultissima. Codic. qui testamentum facere possunt.* in illis verbis: *Patebit etas licentia voluntatem suam, siue testamento, siue codicilli tenore compositam, cui velint scribendam credere: vt in eodem loco postea conuocatis testibus & tabellario, re etiam, vt dictum est, patefacta, cuius causa conuocati sunt, etiam chartula promatur, quam susceptam testatori recitabit tabellarius simul & testibus, vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere, & ex animi sui, quæ lecta sunt, disposuisse sententia.* & ita docet Gloss. *in leg. iubemus. in verbo, quemadmodum. C. de testam.* quæ communiter approbata est.

Quinimo etiam, si quis non à testatore requisitus
12 eidem testamentum testibus † præsentibus legerit, & eum interrogarit, an velit ita testari, & ipse responderit, se velle ita testari, valet eiusmodi testamentum, *argumento leg. Pamphilo. §. propositum. de leg. tertio.* Alexander *consilio trigesimo tertio. numer. vndecimo. libro tertio.* Socinus Iunior *consilio centesimo septuagesimo octauo. numer. 9. 10. libro secundo.* Menochius *consilio quadragesimo quinto. numer. trigesimo quarto. libr. primo. & de præsumpt. libr. 4. præsumption. octaua. numero decimo sexto.* & ego dixi *libr. 5. controuers. capit. 69. in 2. parte.*

His iam allatis responsionibus, accedunt alia argumenta ad tollendam falsitatis præsumptionem. Primum est, quia semper fit † interpretatio, vt fal- 13
sum euitetur, vt colligitur ex Gloss. *in l. iurisgentium. §. quod fere. in verbo, approbetur. ff. de pactis.* Marsilius *consil. 51. numer. 30. & consil. 21. numer. 7.* cum aliis à Mascardo citatis *de probationibus. volumin. secundo. conclusion. 745.*

Secundo, quia falsum † non præsumitur, licet 14
repetiatur scriptum aliter à notario, quam fuerit dictum à partibus, nisi ex aliis circumstantiis talis præsumptio insurgeret, ita Bartol. *in l. quoties. §. 1. ff. de hered. instit.* cum aliis à Mascardo citatis, *loco proxime citato. num. 6.*

Tertio, quia falsi suspicio tollitur vel extenuatur ex † loci celebritate vbi scriptura confecta est, qua- 15
lis est proculdubio ciuitas M. Crauetta *consil. 75. numer. 8.* Menochius *consil. 221. num. 4. & de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. num. 46.*

Quarto, quia nullam hic spem lucri vel commodi notarius habuisse videtur, quæ † causa est, vt cesset 16
suspicio falsitatis, Crauetta *dict. consil. 75. numer. 13.* Rolandus à Valle *cons. 38. num. 38. lib. 1.* Menoch. *loco proxime citato.*

Quinto, quia testium multitudo interfuit testamento, quo casu † suspicio quoque falsitatis cessat, 17
Crauetta *consil. 65. num. 12. & 13.* Menoch. *de præsumpt. 20. num. 55.*

Sexto, ad rem nostram maxime videtur facere, quod scribit Paulus Castrensis *in leg. errore. numer. 3. Codic. de testament.* cuius hæc sunt verba: *Sed quæritur, cuius † præsumatur error, an notarii vel testatoris, dic vt Bal- 18
dus, quod in his, quæ pertinent ad notarium, vt sunt illa, quæ concernunt solennitatem testamenti, præsumitur error notarii, & idem in his quæ concernunt partem, si notarius non scripsit, & ex iis quæ scripserat, apparet quod debuerunt scribi, quia præsumitur plus dictum quam scriptum, vt hic, alias præsumitur error testatoris. &c.*

Sed etsi aliqua suspicio falsitatis vigeret, quantum ad dictum legatum trecentorum florenorum, & alterum legatum 15 florenorum; non tamen inde sequeretur totum testamentum falsum esse.

Primo, secundum opinionem eorum qui dixerunt testamentum in † vna parte etiam substantiali 19
falsum, non propterea in aliis partibus vitiari. Boet. *quæst. 253. num. 6.* Alciat. *in l. si ex falsis. numer. 14. Codic. de transact.*

Secundo, quia tunc demum falsitas in vna parte instrumenti totum vitiat instrumentum, secundum aliorum sententiam, quos commemorat Menochius *libr. quinto. præsumption. vigesima prima.* quando falsum vere † commissum fuit in vna parte instru- 20
menti, secus si præsumptiue tantum.

Nam tunc non præsumitur falsum instrumentum in aliis partibus Salyc. Alexander & Bald. *in d. l. si ex falsis. Codic. de transaction.* & etiam Alciatus *numer. decimo quarto.* alios citat Menoch. *dict. præsumpt. libr. 5. numer. 12.*

Tertio, quia falsitas in vno capitulo instrumenti, non † vitiat alia eiusdem instrumenti capitula sepa- 21
rata, vt declarat Bartolus *in dict. leg. si ex falsis. in vltimo membro distinctionis. Codic. de transact.* Baldus *consil. ducentesimo vigesimo octauo. numer. secundo. libr. secundo.* alios complures citat Mascardus *de probationibus. volumin. secundo. conclusion. 742. numero vndecimo.* sequitur Menochius alios citans *dict. præsumption. 21. libr. 5. numer. 32.*

Denique dictum testamentum non potest quantum

tum ad legatum saltem 300. florenorum impugnari, eam ob causam, quod videlicet referat se ad aliud instrumentum siue scriptum, quod prælectum fuit, & tamen non sit illi conforme; quia respectu dicti legati 300. relictum fuerit spatium, & nihil expressum circa dictum legatum: Nam licet regula iuris sit quod referenti non credatur, nisi quatenus apparet in relato. *authent. si quis in aliquo. C. de edend.* cum alijs vulgarib. tamen illa regula non procedit, quando relatum non reperitur, eo casu, quo disponens potuit libere disponere, sicut in casu nostro.

Nam testatrix potuit legare dictos 300. florenos, licet in dicta schedula, siue scripto, ad quod notarius se retulit, non inuenirentur annotati & scripti, nec propterea legatum minus debetur. Sic enim dicimus, quod licet non credatur referenti, nisi quatenus apparet in relato, tamen id locum non habet,
22 quando is, qui se † refert, potestatem habet disponendi, & relatum non reperitur, vt notat Gloss. & Doctor. *in leg. admonendi. numer. quadragesimo. Codic. de iureiurand.* Decius *in authent. si quis in aliquo. num.* 40. *Cod. de edend.*

Ratio est, quia hæc videtur falsa demonstratio,
23 quæ † non vitiat legatum, ideo si testator legauerit vxori suæ dotem, quam se accepisse dixerit, licet nihil acceperit, vel minus acceperit, quam sit in legato, tum valet legatum falsa relatione non obstante, *l. cum scriptum. ff. de dote praleg. leg. si sic. §. 1. de leg. 1. leg. Lucius. §. 1. de leg. 3. l. qui vxori. ff. de auro & argent. leg. si non designata. Codic. de falsa causa adiecta leg.* Baldus, Nouellus *de dote. parte 6. priuilegio* 78. Paulus Castrens. *consil.* 405. *libr.* 1 Alexand. *consil.* 153. *circa finem. libr.* 2. & 122. *num.* 3. *lib.* 7.

Verum pro contraria parte, contra videlicet testamentum hæc adferri possunt. Primo, quod cum ciuiliter agitur de falso, quia scilicet aliquis excipiendo dicat instrumentum esse falsum, tunc si aliquid adest, quod prima facie reddat instrumentum suspectum, tunc producens instrumentum tenetur
24 probare † quod sit verum. *leg. iubemus. Codic. de probation.* & hoc in casu ex communi omnium sententia
25 falsitas probatur per coniecturas, & sola † suspicio falsitatis habetur pro falsitate, ne instrumento detur fides, late Decius *consil.* 448. *numero vigesimo octauo. & 6 1. numero septimo. & alibi.* Curtius *consil. sexagesimo quarto. &* 166. Grammaticus *consil.* 30. Crauetta *consil.* 134. *numer. trigesimo nono.* Clarus *§. falsum. versic. tertia est conclusio.* alios multos citat Mascardus *de probationibus. volumine secunda. conclusion.* 739. *numer.* 4. Iacobus Menochius *de adipiscend. remed.* 4. *numer.* 700. Antonius Gabrielius *communium conclus. libr.* 7. *titul. de maleficiis. conclus.* 6. *num.* 1.

In proposito autem casu aliquæ suspiciones proponuntur, & militare videtur præscriptiones supradictæ, quia licet non concludenter falsitatem probent, videntur tamen aliquam suspicionem generare,
26 præsertim vero, quæ † circa diem confecti testamenti apparet ex traditis per Dn. Iacobum Menochium qui alios citat *libro quinto. præsumpt. vigesima prima numer.* 27. 28. nec non diuersitas † illa quæ est in-
27 ter instrumentum testamenti, & scriptum siue schedulam, ad quam refertur *ex tradit.* per eundem Iac. Menochium *libr.* 5. *præsumpt.* 20. *numer.* 24. & per Dominum meum Cæphalum *consil. ducentesimo octuagesimo septimo. numero vndecimo. & num.* 14. *libr.* 2. Mascardum alios citantem *vol.* 2. *de probationib. conclus.* 740. *num.* 41.

In hac igitur quæstione omnibus mature ac diligenter consideratis, vt tandem sententiam ac iudicium meum aperiam, quatuor conclusiones constituo, ex quibus quid ego sentiam, intelligi poterit.

Prima conclusio hæc est: testamentum de quo agitur, quantum ad legatum dictorum 300. florenorum non vitiari nec impugnari posse, eam ob causam, quod in altero scripto, ad quod relatio habetur, nihil sit annotatum, sed spatium relictum fuerit.

Moueor ex rationibus supradictis, quia scilicet hæc est falsa demonstratio, quæ legatum non vitiat:
vel error notarii, qui † partibus obesse non debet. 28
argument. leg. si librarius. de regul. iuris. cum aliis superius citatis.

Secunda conclusio: Instrumentum testamenti, de quo agitur criminaliter impugnari nō potest, eam ob causam, quod sit falsum.

Ratio est, quia falsitas, nec de iure præsumitur, nec probatur ex actis concludenter, sicut requiritur in criminalibus, in quibus probationes debent
esse luce † meridiana clariores, *l. vlt. Codic. de probat.* & 29
patet ex superius allegatis.

Tertia conclusio: Præfatum instrumentum testamenti, nec quatenus ad institutionem, nec quatenus ad legata & alia in eo contenta, potest ciuiliter impugnari, eam ob causam, quod falsum sit, ita vt spes certa vel probabilis sit, impugnantem obtinere posse ex actis ad me transmissis.

Ratio est, quia suspiciones falsitatis, non valde vrgent, nec sufficientes mihi videntur.

Primo, quia testes non sunt numero sufficientes, sicut requiritur ad instrumentum notarii impugnandum.

Secundo, quia non sunt rite examinati & solenniter.

Tertio, quia magna est præsumptio pro notario, vt superius dictum est.

Quod vero attinet ad illam diuersitatem circa diem testamenti conditi: & circa legatum 300. florenorum, præsumitur error potius quam dolus, vt dictum est.

Quarta conclusio hæc est, quod si præter dictas suspiciones falsitatis aliæ accederent ex testibus, qui testamento interfuerunt, depositione solenniter & legitime facta in iudicio, tunc vel criminaliter accusari de falso posset, vel saltem ciuiliter impugnari.

Itaque hoc consulo Dominis heredibus, qui ab intestato testatrici succedunt, vt hereditatem tanquam ab intestato delatam petant. Quod si opponatur eis non esse locum causæ intestati, quia testamentum sit conditum: Replicare poterunt testamentum illud non valere, quia sit suspectum de falso: & ad hoc probandum adducere testes testamentarios qui nunc viuunt, & curare eos solenniter examinari post litem contestatam: Si enim ipsi testes saltem tres vel quatuor testamento contradicerent, tunc obtinerent heredes.

Quod si testes qui testamento interfuerunt, vel non sint in viuis, vel non contradicant instrumento, tunc succumbent. Et ideo consultum esset extra iudicium explorare veritatem eorum quę gesta sunt

sunt ab ipsis testibus, alioqui certe ego video maximum Dominis heredibus periculum imminere, ne condemnentur in expensas litis, nisi priusquam processum iudicialem instituant melioribus, & de iure firmioribus probationibus fuerint instructi, quia, vt sæpe dixi, falsitas non præsumitur, sed potius error, & omnis interpretatio admittitur etiam extranea, vt falsitas euitetur, & magna est præsumptio pro notario, quam non possunt elidere vnus, vel etiam duo testes. Et dolus qui requiritur ad probandam falsitatem, est difficilis probationis, vt notum est.

Hæc igitur consulo Dominis heredibus, vt diligenter curent intelligere & explorare, antequam incipiant iudicium, pro veritate & iustitia. Etsi ex testibus testamentariis vel aliunde inuenerint aliquam falsitatem, poterunt impugnare testamentum, vt dixi, alias non consulo, vt faciant, quia hæc quæ in actis allegantur contra testamentum, non sufficiunt, nec in criminali, nec in ciuili iudicio ad ipsum testamentum euertendum, vlla ex parte.

Et de prima quæstione hæc mihi dicenda fuerunt.

Sequitur secunda circa notarium, an puniri possit? Respondeo hanc quæstionem tria membra continere.

Primum est, an puniri possit criminaliter propter falsitatem? Et in hoc concludo secundum ea, quæ ex actis colliguntur, non probari falsitatem: quæ de iure puniri possit ex rationibus deductis in prima quæstione.

Secundum membrum est, an possit puniri saltem propter errores istos & negligentias commissas in officio suo, & ad hoc respondeo, quod si posset pro-
30 bari ac ostendi, quod notarius eiusinodi † errores commisisset dolo & malitia, proculdubio puniri possit, alias non, vt tradit Decius *in leg. si librarius. numer. duodecimo. de regul. iuris.* Mascardus *de probationibus. volumin. secundo. conclusion. sexcentesima quadragesima quarta. numer. quinto.* dolus autem & malitia in notario non præsumitur, sed potius obliuio & ignorantia, vt dixi: & tradit Iacobus Menochius *libr. quinto. præsumpt. 3. numer. 35. & præsumpt. 23. num. 30 & præsumpt. 31. num. 3.*

Tertium membrum est, an saltem ciuiliter conueniri possit eam ob causam, quod huius litis causa fuerit ipse notarius, & consequenter omnium damnorum & sumptuum, quos fecerunt ambæ partes, secundum regulas iuris, qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur.

Et ad hoc respondeo, non posse reuera conueniri, quia tunc demum is, qui damni causam dedit,
31 damnum † resarcire tenetur, quando fuit immediata causa illius damni, quod de hoc notario non facile affirmari potest, quia non facile puto probari posse, ideo notarium dictos errores commisisse, vt inter dictos affines contentio & lis oritetur.

Culpa enim non nocet, nisi sit ad casum ordinata, *leg. non omne. ff. de statu lib. leg. is qui. de act. & obligat. capit. quia diuersitatem. & ibi Gloss in verbo. suspensus. de concess. præbend.* Bartolus *ad leg. secund. §. vltim. ff. si quis cautio.* Felinus *in capit. cum inter. numero vigesimo. de except.* Ripa *in capit. primo. numer. decimo quarto. de iudic.* Paulus Castrensis *in leg. vltim. §. si ea conditione. ff. ad leg. Rhod. de iactu.* Alexander *consil. septuagesimo quarto. numer. sexto. libro 6.* Natta *consil. quadragesimo primo. numero 9.* Dn. Cæphalus *consil. 362. numer. 23. libr. 3.*

Tertia quæstio est, qua ratione ipsius notarii retorsioni responderi, & ipsa dilui possit.

Respondeo ad dictam retorsionem responderi debere in hanc formam, & modum. Retorsionem locum non habere, & nullius momenti esse.

Primo, quia quod de falsitate notarii dictum vel obiectum est ab heredibus, illud non est factum animo iniuriandi, sed vt veritas detegatur, & inquisitio veritatis fiat: & pro defensione causæ & iurium suorum, & in finem bonum & vtilem Reipublicæ.

Secundo, quia dicti heredes qui falsitatem obiiciunt, illam probant ex veritatis mutatione, multis modis facta in dicto testamento, ex qua iudicibus via patet vlterius inquirendi, & dolum notarii & alia requisita, & simul apparet præfatos heredes, nec temere nec calumniose eam obiecisse.

Tertio, quia nondum est lis definita, super instrumento dicti testamenti, nec est adhuc pronunciatum verum & legitimum, consequenter hactenus constare non potest, an sit verum vel falsum dictum testamentum.

Quare ex his & aliis causis, quæ ex iure & facto resultant, petere dictos heredes, vt dicta retorsio nulliter facta reiiciatur, & non admittatur, aut certe, vt pronuncietur nullam dictæ retorsionis rationem habendam esse, præfatumque notarium condemnari in expensas, damna & interesse dictorum heredum, propter dictam nullam & illegitimam retorsionem ab eo factam: pronunciarique ac declarari, dictos heredes animum iniuriandi non habuisse, & non temere, nec sine iusta & probabili causa falsitatem obiecisse, & proinde eos à dicta retorsione absoluendos esse, exhibendo falsitatis coniecturas & præsumptiones, quæ in actis ad me transmissis continentur: licet enim ea non sufficiant, ad conuincendam & plene probandam falsitatem, vt dixi, tamen sufficiunt ad excusandos heredes à calumnia.

Quod attinet ad quartam quæstionem circa declarationem in scriptis fiendam, propter verbum *Falsitatis* curaui mihi diligenter explicari formulam in actis insertam, sub litera G. & quia caute agendum est, & valde prudenter ac dextre in hoc negocio, consulo, vt formulæ transmissæ duo hæc addantur.

Primum in ea parte in qua dicitur illud verbum, *Falsitatis* pertinere ad notarium, & ideo petitur vt puniatur, addenda est hæc salutaris clausula, *si & quatenus inquisitione vlteriori facta iustitia postulauerit*, neque petendum est vt puniatur, sed dicendum est, quod speretur eum punitum iri, si & quatenus inquisitione vlteriori facta iustitia postulauerit.

Secundo addendum est hanc falsitatem obiectam notario fuisse in actis, non animo eum iniuriandi, sed pro defensione iurium ipsorum heredum, ad quos testatricis hereditas ab intestato pertinet, & quod in cæteris quæ ad eam rem pertinent, iuri & iustitiæ, nec nō iudicum religioni & prudentiæ in totum rem committant.

Et post hæc heredes dicant, quod cum hæc ita sint scripta, contra notarium, eo animo quo supra dictum est, frustra actum fuisse ex remedio *leg. diffamari.* quandoquidem is qui † actionem instituit, 32
ex dict. leg. diffamari. nec diffamationem probat, nec vllam iustam causam agendi habet, ex dicto remedio, & ideo tanquam nulliter agens debet in expensis condemnari, & heredes contra quos actum est,

est, absolui debent à dicta actione male instituta.

Itaq; formula sic poterit reformari, vt dixi, & vt melius hoc percipiatur, ego latine hanc sequentem formulam subiicio, quæ facile Germanica reddi poterit.

Heredes ab intestato N. N. N. declarationem iniunctam in scriptis proferũr in hunc tenorem, quod *falsitatis* verbum non protulerint contra heredem institutum in prætenso & asserto illo testamento, sed contra notarium, qui confecit instrumentum dicti testamenti, propter varias ac diuersas discrepantias, varietates ac diuersitates: ex quibus mutatio veritatis facta esse apparet ex actis & deductis, quam obiectionem fecerunt dicti heredes non animo iniuriandi, sed iura sua defendendi sperantes fore, vt dictus notarius, si & prout vlteriori inquisitione facta iustitia postulauerit, puniatur, & pronuncietur suo tempore dictum Instrumentum testamenti prætensi, nullius momenti esse, quæ omnia prudentiæ ac religioni Dominorum iudicum committunt.

Et iis stantibus dicunt, non potuisse prætensum heredem vniuersalem agere contra eos, *ex leg. diffamari.* quandoquidem nullam diffamationem probare potest, contra se factam quasi alicuius author falsitatis fuerit: nam quicquid de falsitate dictum & obiectum est ad notarium pertinere, & non ad ipsum prætensum heredem declararunt & declarant.

Quare petunt se à dicta instituta actione, ex *leg. diffamari.* tanquam nulliter & sine legitima causa instituta absolui, & aduersarium condemnari in expensas.

Hæc mihi videtur aptissima & tutissima formula, nihil addidi circa retorsionem factam propter illa verba aduersarii: *Traductores, diffamantes, iactantes, temere litigantes, &c.* quia debet fieri in scripto separato, non autem coniungi cum dicta declaratione: quanquam vix puto illa verba iniuriam continere, quæ possit retorqueri, quia id genus verba inter litigantes frequentissima sunt, & non animo iniuriandi præsumuntur dicta, sed animo defendendi se & sua iura, & ideo nullam iniuriam in effectu continent.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Ad instantiam Illustrissimi Principis N.

Argument. Consilii XCV.

De pœna partus abacti.

Summaria.

1 *Quæ sit pœna partus abacti distinctio inter fœtum animatum & inanimatum.*
2 *Alii pœnam arbitrariam.*
3 *Distinctio authoris inter ius Canonicum & ciuile.*
4 *Partus nondum editus, homo non est.*

Christi nomine inuocato.

1 PRoponitur quæstio decidenda pro veritate, quæ sit pœna abacti partus. In qua in promptu † est distinctio veterum Doctorum. Aut partus animatus est, aut inanimatus.

Primo casu pœna capitalis est, posteriore nõ item. Gloss. Bartol. & alii *in leg. diuus. de extraord. crimin.* Gomez. *variar. resolut. libr. 3. capit. 3. numer. 32.* Placha *in epitome delicto. libr. 1. cap. 20. num. 5.* Osasc. *decis. 60.* Clarus *quæst. 68. post princ.* Cuiac. nouissime *libr. 19. obseruat. cap. 9.*

Verum indistincte pœnam † extraordinariam iudicis arbitrio esse infligendam, docuit Iacob. Menochius *de arbitr. casu 357. & nouissime Tessaurus. decisione 12.* 2

Mihi sic videtur statuendum iure Canonico inspecto, veram esse distinctionem, & ideo seruandam in terris ecclesiæ. Iure autem ciuili pœnam esse arbitrariam.

Et moueor, quia illa distinctio inter partum animatum & inanimatum habet fundamentum in solo iure Canonico. Iure autem ciuili constituta est pœna arbitraria extra ordinem: idq; ita aperte cautum reperitur, vt nequaquam obiici posse videam; quod solet frequenter. Inter ius Canonicum ac ciuile nullam esse differentiam constituendam, nisi aperte caueatur. *capit. primo & secundo. de oper. nou. nunciation.*

Quod attinet ad ius † Canonicum, pro illa distinctione est text. *in capit. Moyses. 32. quæst. 2.* sumptus *ex cap. 21. Exodi. & in cap. sicut ex literis. de homicid.* 3

Quod vero attinet ad ius ciuile, est text. *in l. Cicero. in 2. casu. ff. de pœnis. in l. diuus. de extraord. crim. in leg. si mulierem. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* excipitur casus quo mulier pecunia accepta ab heredibus secundis, partum abegit, *vt in d. l. Cicero. in princ. 4.*

Ratio differentiæ illa potest adferri, quia ius Canonicum respicit animæ salutem, ideoque reputat magnum crimen, vbi partus animatus est occisus; quia impeditum fuit sacrum baptisma, & sic salus æterna.

Iure autem ciuili spectandum est ex lege Cornelia, an homo fuerit occisus. Partus † vero nondum editus, homo non est *l. 9. ff. ad leg. falcid.* quod maxime spectandum est in pœnalibus, quia interpretatione pœnæ sunt potius molliendæ, quam exasperandæ, *l. interpretatione. ff. de pœnis.* 4

Hæc est mea de hac quæstione sententia, quam meliori iudicio subiicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Ad instantiam Comitis Germani.

Argumentum Consilii XCVI.

De pœna stupri violenti in virginem illati.

Summaria.

1 *Pœna stupri violenti secundum Doct. est mortis.*
2 *Contra ibi, quod sit pœna legis Iulia de vi publica.*
3 *Pœna legis Iuliæ de vi publica est aqua & ignis interdictio.*
4 *In cuius locum successit deportatio.*
5 *Quandoque pœna legis Iulia de vi publica est mortis, si cædes interuenerit.*
6 *Vel si seruus eam commiserit.*
7 *Vel si raptus interuenerit.*
8 *Deportatio non est in vsu, loco eius est pœna arbitraria.*

9 §. *Item lex Iulia. inst. de publ. iud. declaratur.*
10 *Et ibidem.*
11 *L. 1. ff. de extraord. crim. declaratur.*
12 *Raptus committitur etiam in volentem mulierem, & sine vi & malis artibus.*

Christi nomine inuocato.

INterrogatus sum ab Illustrissimo Dn. meo Comite quę sit pœna stupri violenti in virginem illati iure communi inspecto, ego vero si Dd. placita sequenda esse non expendenda existimarem, responsum in
1 promptu haberem, pœnam † esse mortis, vt tradit Clar. § *stuprum. vers. sed quaero.* Boss. *in tit. de coitu damnato & punib. num. 19.*

Verum absit vt prætermissis fontibus, riuulos sectari malim. Plurimi facio Doctorum authoritatem, sed non tantum apud me valet, vt rationem vincat, aut legem.

2 Pœna stupri violenti † est legis Iuliæ de vi publica, *l. 3. ff. ad leg. Iul de vi public.* ibi. *Praeterea punitur huius legis pœna, qui puerum vel fœminam, vel quenquam per vim stuprauerit.*

3 Pœna legis Iuliæ de vi publica, est † aquæ & ignis interdictio. *l. qui dolo. §. vlt. in fine. ff. eod.*

4 In eius locum deportatio † successit. *l. 3. ff. ad l. Iul. pecul.*

Quandoq; pœna est legis Iulię de vi publica mor-
5 tis † naturalis, si cædes interuenerit. *l. vlt. C. eod tit.*

6 Vel si seruus † violentiam fecerit, *leg. seruos. Codic. eodem.*

7 Vel si † raptus interuénerit *l. qui cœtu § 1. ff. eod.*

Ergo pœna erit hoc in casu deportationis, contra
8 stupratorem † violentum, & in locum deportationis pœna iudici arbitraria. Clarus *quaest. 67. vers. deportatio.* Menoch. *de arbitr. casu 330.*

Non obstant leges, quibus isti adducuntur ad imponendam mortis pœnam, contra textum iuris ex-
9 pressum, quem supra retuli. In primis † adferunt text. *in § Item lex Iulia. Instit. de publ. iud.* illis verbis: *sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem, vel viduam &c.*

Pœnam autem lex irrogat stupratoribus si honesti sint publicationem mediæ partis bonorum. &c.

Argumentum ita sumunt, igitur si stuprum committatur cum vi, pœna mortis erit infligenda.

10 Non rectè, quia non est † locus pœnæ mortis, nisi raptus interuenerit. §. *sin autem per vim. Institut. eodem titul.*

11 Secundo † adferunt *l. 1 ff. de extraord. crim.* Illis verbis: *Aut mulierem puellam interpellauerit, quidue impudicitiæ gratia fecerit, donum praebuerit, precium ue quod id persuaderet, dederit perfecto flagitio punitur capite, imperfecto, in insulam deportatur.*

Non rectè. Hic enim nullum verbum vides stupri violenti. Vnde colligitur text. loqui de stupro com-
12 misso raptu interueniente, est enim raptus, siue † quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam artibus malis sollicitauerit & corruperit, atq; ei persuaserit, vt consentiat, ita Imp *in l. vnic. C. de raptu virg.* ibi. *siue volentib. siue nolentibus virginibus. &c.* & rursus ibi. *nisi etenim eam sollicitauerit, nisi odiosis artibus circumuenerit. &c.* De his malis artibus loquitur text. *in dict. leg. 1. ff. de extraord. crimin.*

Atq; ita consulo saluo meliori iudicio.

Andreas Fachineus Ingolstadii nomine Collegii.

Pro Magnificis Dominis Consiliariis F. in causa mulieris inquisitæ de maleficio.

ARGVMENTVM CONSILII XCVII.

De indiciis ad torturam in crimine maleficii.

SVMMARIA.

1 *Socii criminis attestatio, non est indicium ad torturam.*
2 *Crimen maleficii est de exceptis: & de constitutione Caroli V. tit. 31.*
3 *Indicia ad torturam debent esse certa.*
4 *Indicia singula, quando simul iungi possint, vel non.*
5 *Confessio socii criminis, coniuncta cum aliis indiciis ad torturam sufficit.*
6 *Nisi sit reuocata.*
7 *Reuocatio testis non attenditur, sed statur primo dicto.*
8 *Confessio socii criminis non facit indicium ad torturam, contra hominem bona fama.*
9 *In dubio benignior pars sequenda.*
10 *Crimen maleficii est atrocissimum.*
11 *In atrocissimis delictis ad torturam proceditur, licet indicia sufficientia non sint.*
12 *In delictis occultis promptiores esse iudices debent ad torturam.*
13 *Et ideo in istis d. lictis confessio vnius socii, est indicium ad torturam.*
14 *Stigma inuentum in corpore illius, qui de crimine maleficii inquisitus est, quale indicium faciat.*
15 *Socii criminis dictum, quando faciat indicium ad torturam.*
16 *Testis priori dicto statur.*
17 *Crimen maleficii, hæresin habet admixtam.*
18 *Socii criminis dictum cum aliis indicium facit ad torturam arbitrio iudicis.*
19 *Indicium verisimile quod sit.*
20 *Stigma quale esse debeat, vt faciat indicium in crimine maleficii.*
21 *Non facit indicium stigma solum ad torturam.*
22 *Et ibidem.*
23 *De eodem stigmate.*
24 *In crimine læsæ maiestatis, & aliis grauissimis non potest ad torturam procedi sine indiciis legitimis.*

Christi Redemptoris nostri subsidio humiliter implorato.

FActi specie præmissa, & quæstionibus propositis diligenter consideratis, quid iuri consentaneum nobis videatur breuiter subiiciemus.

Quod igitur ad primam attinet quęstionem, quomodo procedendum sit in causa Catharinæ captiuæ, & an sit torquenda vel liberanda ex carceribus, multa sunt quæ dubium & ancipitem animum cuiuslibet iudicis reddant. Quod enim liberanda sit ex carceribus, aut rebus sic stantibus dimittenda & relaxanda, hæc videntur multum facere ad persuadendum, nam siue indicia singula perpendamus, siue vniuersa simul iuncta, illa non videntur sufficere ad torturam.

Primum indicium est ex confessione Margaritæ,

quæ

quæ illam sociam delicti fuisse testata est, sed hæc attestatio socii criminis † nō est sufficiens indicium ad torturam, etiam in casibus exceptis, in quibus scilic. delinquens interrogari potest de sociis & complicib. quale est crimen maleficii de quo agitur, *iuxta l. vlt. Cod. de mal fic. & mathemat.* ita docet Gloss. & ibi Salycetus *in l. vlt. C. de accusat.* cuius sententia est communiter recepta, teste Boerio *decision.* 319. *num.* 1. Idem respondit Thomas Grammaticus *voto* 6. *num.* 7. & ita decisum fuisse in causa criminis læsæ maiestatis à viris sapientibus testatur Afflictus *super prima parte constitutionis regni. rubr.* 27. *num.* 34. refert & sequitur Iulius Clarus §. *finali. quæst.* 21. *versic. sed quid in criminibus exceptis.* Idem late probat Iacobus Menoch. *de arbitrar. iudicum casu* 474. *nu.* 43. Ioseph. Mascard. *conclus.* 1311. *num.* 53 vbi alios citat, quibus addi potest Marc. Antonius Eugenius *in cons.* 76. *nu.* 89. *& num.* 151. & in terminis nostris de socio criminis idem respōdit Petrus Binsfeld. *in tract. de confessionib. maleficor. in 2. membro. in tertia & 5. conclusione.* & faciunt quæ idem tradit *inferius eodem membro. in conclusione sexta. vers. septimum illatum.* vbi probat neminem esse torquendum ex sola delatione vnius fœminæ maleficæ, sed ad minimū denunciationem esse necessariam trium vel quatuor fœminarum.

Et licet *per constitutiones Caroli V. tit.* 31. ex delatione
2 socii criminis locum esse † torturæ sancitum sit, id tamen non obstat; quia Imperator in ea constitutione multa requirit, & concurrere debere statuit: & inter cætera illud, vt confessio socii delicti nunquam ante sententiam reuocata fuerit, sed constans & perseuerans in confessione semper extiterit socius criminis qui de altero confitetur, sed in specie ista, quę proponitur nobis, Margareta socia criminis reuocauit suā confessionem in eodē iudicio ante latā sentētiam, & dixit se falsum dixisse, & iniuriam fecisse huic Catharinæ captiuæ: ergo constitutio pdicta non obstat.

Secundum indicium oritur ex eo, q stigma siue cicatrix in dorso eius inuenta est à carnifice harūterum perito, quale habere solent mulieres sagę & maleficę, quod stigma amplius non reperitur, quæ res augere videtur suspicionē, quia forte dæmon illudit oculos, inspicientiū, & impedit quærentes quo minus inueniant, vt sic liberetur mulier à carceribus, prout diabolus facere solet in adiuuando suos satellites.

Sed & hoc indicium non videtur sufficere ad torturam: nam indicia ad torturam debent esse certa, pbabilia & verisimilia *l. milites. §. oportet. C. de quæst* Item
3 grauia, & luce meridiana † clariora, secundum Bald. *in cons.* 259. *verba inquisitionis lib.* 1. Aym. *cons.* 6. *nu.* 12. *& cons.* 99. *nu.* 1. Et est ratio, quia sicut ad condemnationem requirūtur probationes luce meridiana clariores *l. vlt. C. de prob.* ita etiam ad torquēdum hominem certa & clara requiruntur indicia, quoniam agitur de maximo præiudicio, sicuti docet Hipp. Rim. Mars. *in pract. crim. §. diligenter. n.* 19. *& cons.* 20. *n.* 47. Non enim leuia indicia sufficiunt, nec persunctoria vt dicitur, & quæ pluribus modis possint interpretari, nec est eundum per ambages in tāto discrimine, vt inquit Bald. *in cons.* 402 *lib.* 5. Natta *cons.* 42. *nu.* 1 *&* 198. *nu.* 13. Roland. *cons.* 14. *n.* 24 *lib.* 1. & debēt esse adeo verisimilia, vt sola confessio rei deesse videatur, vt dixit Gandin. *in tract. malefic. tit. de quæstio. & tormentis.* sequitur Alex. *in cons.* 133. *num.* 17 *lib.* 7. Aym. *cons.* 6. *num.* 12.

Sed in proposito casu tale non videtur esse indiciū illud ex stigmate siue cicatrice, certum scil. graue, pbabile & verisimile indicium: Primo, quia nescimus an naturaliter in corpore aut ex alia causa citra dæmonis operā & impressionem natum sit tale stigma, an vero à dæmone impressum sit. Deinde certi esse non possumus, an dæmon illud impresserit, eo quod mulier sit saga & homagium ei præstiterit, an vero opera alicuius alterius malefici siue maleficæ. Tertio, quia nos ignoram⁹ q̄ signa & quas qualitates habuerit tale stigma, & an tales habuerit qualitates, quas habent alia stigmata mulierū maleficarū. Et postremo, quia tale stigma non videtur amplius, qua ex re pōt ēt coniectura sumi, vel q carnifex ille falsum retulerit, subesse scil. eiusmodi stigma in corpore eius, deceptus forsitā per errorem vel imprudentiam, aut forte alios decipere volens, q in id genus hominibus vilibus & abiectis suspicari non adeo temerarium est, vel q Diabolus ex odio quo psequitur omnes, imponere vellet oculis iudicantiū, vt mulier delāta tormētis crucietur, & carceris squallore & incōmodo prematur: Ergo eiusmodi stigma non videtur sufficiens indicium ad torturam, cum non sit certum, graue, probabile & verisimile, sed potius leue, & minus probabile ac certum.

Quod si hæc indicia simul iungantur, nimirum mulieris cōfessio, & stigma prædictum, sic repertum, & deinde non apparens, non videtur etiam locum esse posse tormentis.

Hæc est enim in criminalibus certa regula, quod indicia singula simul coaceruari † & iungi nequeant, 4
ad hoc, vt reus torqueatur nisi vnumquodq; indicium sit in suo genere perfectum, siue perfecte probatum, sicut dicimus de plurib. testib. singularibus, quorum mille tantum probant, quantum vnus, adeo quod si oēs essent non integri, non facerent semiplenā probationem, vt not. Bald. *in l. iurisiurandi. col.* 3. *C. de test. & in l. spadonem. § qui iura multa. ff. de excusat. tut.* ita in terminis respondet Ioan de Anic. *in cons.* 7. *num.* 27. *& in cons.* 127. *n.* 14. 25. refert & sequitur Thob. Non. *in cōs.* 99. *n.* 30. idem late respondit Mars. *in cons.* 20. *nu.* 51. *&* 85. *nu.* 11. & alii multi quos nouissime refert & sequitur Marc. Anton. Eugen. *in cons.* 63. *nu.* 71.

Sed in terminis quæstionis nostræ vnumquodque indicium non est perfectum in suo genere, nec perfecte probatum. Non. n primum indicium ex confessione mulieris maleficæ ac sociæ criminis dici potest perfectum, aut pfecte probatū, quia mulier illa malefica reuocauit suam cōfessionem, quoad mulierem hāc captiuā. & etiam quoad alias, & reuocauit in eodem iudicio, & quidē tormentis etiam adhibitis Secundum autem indicium ex stigmate reperto similiter perfectum dici nō pōt, quia non apparet amplius, nec reperitur, & quia nescitur ex qua causa natum & iniustum sit tale stigma, vt iam dictum est.

Ergo huiusmodi indicia simul iungi non possunt ad torquendam istam mulierem de qua agitur.

Nec obstare videtur, si dicatur confessionem socii 5
criminis, vna cum aliis indiciis sufficere † ad torquēdum reum, sicuti omnes docent. *in l. vlt. C. d. accusat.* Menochius, Mascard. Binsfeldius, & alii supra relati in priore argumento.

Quoniam respondetur eos Dd. non loqui, quando confessio socii criminis est reuocata in eodem iudicio, sicut in casu nostro contigit facit enim reuocatio † vt multum de fide diminuatur, imo vt vtrunq; 6
dictum, siue testimonium reprobandum sit *arg. l. eos. ff. ad leg. Cornel. de falsis & c. præterea. de testib. cogen. & l.* 3. *§. vlt. ff. de testib.* quibus iuribus adducti, neutrum testimonium admittendum esse responderunt Ant. Butr. *in c. cum in tua. de test.* & Bald. *in l. gesta. in 2. col. C. de re iud.*

Nec rursus obstat si dicatur non attendi reuocationem,

tionem, ſed ſtandum eſſe priori dicto cõtra delatum
7 & † nominatum, ſicuti in crimine furti tradit Marſil.
in practic. crim. §. reſtat. in principio. & in crimine de quo
verba facimus, Petr. Binsfeld. *de confeſſ. malef. in 2. membro. concl 5. verſ. aliud hic dubium incidenter ſoluendum.*

Quia ii loquuntur, vbi reus qui de ſe & de aliis con-
feſſus eſt, confeſſionem ſuam reuocauit poſt ſenten-
tiam latam, eo tempore, quo ad ſupplicium ducitur,
& quidem extra iudicium, eiuſmodi confeſſionis re-
uocationem non eſſe attendendam merito docue-
runt, ſed in quæſtione noſtra reuocatio confeſſionis
in eodẽ iudicio facta eſt ante ſententiam coram iudi-
ce, & quidem etiam in tormentis: ergo videtur caſus
diuerſus à quæſtione Marſilii & Binsfeldii.

Huc accedat poſtremò, quod confeſſio ſocii cri-
minis etiam non reuocata, & etiam cum aliis indiciis
iuncta, non ſufficit ad torturam cõtra reum delatum
8 ac nominatum, vbi vel reus † ipſe nominatus eſt bo-
næ famæ, & alias minime ſuſpectus, vel is qui confi-
tetur & eum defert, eſt perſona vilis & malæ famæ ex
traditis per Roland. à Valle *in conſ. 73. lib. 1.* Ioſ. Maſc.
memorata concluſ. 1311 nu 41. vol. 3 & Marc. Anton. Eu-
gen. *in conſ. 76. nu. 87. & nu. 149 cum ſeq.*

Sed ita eſt in ſpecie noſtra mulier enim illa quę de
ſe & de aliis confeſſa eſt, erat malæ famæ, vilis & abie-
cta, vt nos putamus, hęc vero delata non eſt vilis per-
ſona, & non eſt malæ famæ, nullamq; contra ſe præ-
ſumptionem habet aliam, vt narratur in facto: ergo
nullo modo locus eſſe videtur torturæ, ſed liberanda
videtur hæc captiua, præſertim, quia negari non po-
teſt, quin ex prædictis quæſtio ſit valde dubia & con-
9 trouerſa In dubio autem † caſu ſequi debemus beni-
gniorem partem, ne reus ſcil. torqueatur, vt dicebat
Iaſon *in conſ. 175. nu 4. lib. 2. & in l. 1. n. 40. ff. ſi quis in ius vocatus non ierit.*

Cæterum in contrariam ſententiam, ꝙ pręfata mu-
lier delata ſit torturæ ſubiicienda, ad eruendam veri-
tatem, multa quoq; ſeſe offerre videntur argumenta.

Primo, nam inter omnes conſtat, crimen iſtud ſor-
10 tilegii ac maleficii eſſe atrociſſimum † inter omnia
crimina, ſi quidem læditur maieſtas diuina. Pactum
fit cum diabolo, idololatria committitur, peſſima
blaſphemia in Deum & omnes Sanctos, peccatum
contra naturam cum ſpiritualibus creaturis ſacrile-
gia nefandiſſima, & infinita mala & ſcelera: quem-
admodum fuſe explicat Binsfeld. *de confeſſionibus maleficorum in 2. membro in ſexta concluſione: verſicul. ſeptimo regulare.*

Sed in atrociſſimis delictis procedi poteſt ad tor-
11 turam, etiam ſi non † ſint ſufficientia indicia, ſicuti
dixit Clarus *in pract. crimin. §. . verſ. ſunt etiam* refert &
ſequitur ad propoſitum crimen accommodans Binſ-
feld. *dict. tractat. de confeſſion. malefic. in 2. membro. concl. 6. dicto verſ. ſeptimo regulare.* Cuius ratio eſt, quia in eiuſ-
modi atrocioribus delictis, licet iudicib iuris regulas
tranſgredi, *vt probatur in c. 1. de confeſſ.* & ibi Gl & Dd.
Et enormiſſima delicta huius ſunt naturę, vt al-
terent iuris diſpoſitionem, vt verbis vtamur Hippol.
Marſ. *ſingulari ſuo 601.* & ſatis luculenter probat Binſ-
feldius *loco proxime citato.*

Ergo mulier hæc captiua omnino torquenda vi-
detur, dato quod aliqua ex parte iuris diſpoſitio ac
regulæ reſiſtant.

Secundo in atrocioribus delictis, & quæ ſimul et-
iam ſunt difficilimæ probationis. quale eſt crimen de
quo agitur, ꝙ in occulto committitur cũ diabolo, in-
dicia leuiora ſuffi. iunt ad torturam, & ſecundum iu-
ris regulas, quia in id genus delictis promptior debet
eſſe iudex † ad torturam infligendam, cum non poſ- 12
ſit aliunde veritatem eruere, ſicuti docet Bald. *in l. nemo deinceps. C. de Epiſcop. audien.* Franciſc. Brun. *in tract. de indiciis & tort. 2. parte. qu. 8. n. 2.* & hęc eſt communis re-
gula ſecundum Clar. *in pract. crim. qu. 64. verſ. & ideo.*

Et idcirco in eiuſmodi criminibus occultis ac dif-
ficilis probationis vnius ſocii delicti † confeſſionem 13
ac teſtificationem ſufficiens eſſe indicium ad tortu-
ram, reſpondit Frideric. Scotus *in conſ. 10. lib. 2. tomo 2. nu. 28. 32.* quem refert & ſequitur Menochius *de arbit. iud. caſu 470. nu. 43.*

Ergo in caſu noſtro videtur locus eſſe torturæ, quo-
niam non ſolum adeſt confeſſio ac depoſitio mulie-
ris eiuſdem criminis ſociæ, verum etiam ſtigma in
corpore inuentum, vt in facto narratur.

Tertiò videtur locus eſſe torturæ ex iis, quę tradit
Ioan. quidam Modern. *in tractat. de dæmonomagia lib. 4 cap. 4. non procul à fine.* vbi docet, ſtigma † inuentum in 14
corpore rei delati, de hoc crimine fortiſſimum eſſe
argumentum contra eum, & ſimul cum aliis indiciis
ſufficere ad condemnationem.

Si enim fortiſſimum eſt indicium & argumentum
ſolum ſtigma, & ſimul cum aliis indiciis ad conde-
mnationem ſufficit: ergo multo magis ad torturam
ſufficere videtur, vel ſolum, vel cum confeſſione ſiue
atteſtatione dictæ Margar. coniunctum.

Quarto, quia hæc eſt certa, communis & indubi-
tata concluſio Doctorum, in hac materia, ſocii crimi-
nis vt depoſitio vnius † ſocii criminis, ſit indicium 15
ſufficiens ad torturam, ſi aliam habeat præſumptio-
nem adiunctam, vel indicium ſicuti tradit ex quam-
pluribus authoritatibus Ioſeph. Maſcard. *in dict. concluſ. 1311. nu. 52.* Iacob. Menoch. *dicto caſu 470. de arbitr. iud.* & Binsfeldius *de confeſſionib. maleficorum. in 2. membro. concluſ. 5.*

Sed depoſitio huius mulieris, quæ de ſe confeſſa
eſt, & de aliis, ac in ſpecie de rea, de qua agitur, habet
aliam præſumptionem adiunctam, & indicium, ni-
mirum ſtigma repertum in dorſo, ad inſtar eius ſti-
gmatis. quod habent aliæ maleficæ mulieres: ergo
videtur ad torturam indicium eſſe ſufficiens.

Nec obſtare videtur, quod M. reuocauerit con-
feſſionem contra alias delatas ac nominatas; quia
hæc eſt communis Doctorum ſententia, ſi in vno &
eodem iudicio teſtis † contraria deponat, vbi de ſe & 16
de aliis interrogatur, ſtandum eſſe priori dicto ac de-
poſitioni, ſecundum vero dictum ſiue depoſitionem
non attendi, licet in tormentis confirmata ſit, ita
Bartol. *in l. 1. §. quæſtioni. ff. de quæſtion* Franciſcus Are-
tinus *in conſ 61. col. 1.* Dec. *in conſ. 175.* Didacus Couarr.
qui & alios citat *variar. reſolut. lib. 2. cap. 13. poſt numer. 8. verſic. tertium eſt & num. 9. verſ. ex his infertur.* vbi ex Fe-
lino & aliis tradit in crimine hæreſis attendendam
eſſe priorem depoſitionem, quæ fuit facta in agnitio-
nem & reuelationem hæreſis, poſthabita ſecũda de-
poſitione ſiue teſtificatione cõtraria. Satis autẽ con-
ſtat, crimen † de quo agitur, aut hæreſin continere, 17
aut non procul ab ea diſtare, ita vt ſicut crimen hære-
ſis puniendum eſſe docuerit Paulus Grillahd. *in tractat. de ſortilegiis. qu. 11. num. 1.*

Minus ẽt obſtare videtur id ꝙ dicebatur de ſtigma-
te: illud eſſet fallax & incertum indicium, præſertim,
cum amplius non appareat, quia cũ peritus minime
atteſtetur illud inuentum eſſe, & ꝑterea viſum fuerit;
quod amplius non appareat id augere potius, quam
minuere ſuſpitionem videtur, eo quod forte dia-
bolus, vt ſolet, huic mulieri, tanquam in eius fidem,
ſiue magis perfidiam receptæ auxilio eſſe velit;
quem-

quemadmodum non ignoramus ex malleo maleficarum, & ex ipsa magistra rerum experientia, sæpissime dæmonem adiuuare solere suos, tum taciturnitatem tum insensibilitatem addendo, vt nec fateri possint, nec dolorem sentiant.

In tali igitur ac tanta perplexitate vnam cõclusionem generalem constituendam putamus, quam deinde quæstioni propositæ adaptabimus.

Conclusio hæc est: vbi cõtra aliquem criminis imputatum, adest confessio ac depositio vnius socii delicti, adiuncta cũ alia pſumptione vel indicio, illa sufficit ad torturam, sed qualis debeat esse pſumptio vel indicium adiunctum memoratæ confessioni, non est
18 à iure definitum, sed residet † in arbitrio iudicis, qui
ꝓ qualitate facti & personarũ arbitrari debet ac põt esse, aut non esse locum torturæ, ita Grammat. in specie. *decis.* 18. *n.* 20. Menoch. *de arbitr. iud. casu* 470. *n.* 47. refert & sequitur Ios. Mascard. *in d. concl.* 1311. *nu.* 53. *vol.* 3. & est conclusio satis euidens & clara.

Iam huiusmodi conclusionem applicando casui nostro dicimus, in arbitrio iudicis esse, tormẽtis subiicere, vel non subiicere dict. mulierem delatam ac nominatam: & idcirco, vt arbitrium suum rectè moderetur, ac iur. reg. & æquitatis illud conformet, cõsiderandã esse arbitramur facti & personarũ qualitatẽ. Quamobrẽ si mulier nominata & delata, est mulier bonæ famę & vitę, in honesta scil. opinione apud homines eiusdem ciuitatis, nunq̃ alias de vllo crimine condemnata aut suspecta, & q̃ nec meretrix est, nec inhonestæ aut turpis vitæ, sed potius in ciuitate inter vicinos, & eã cognoscentes bene audit: quib. de rebus M.D. Cõsiliarii facile extraiudicialiter informari poterunt, censemus eam esse relaxandã ex carcerib. cum fideiussione de se constituendo & pſentando ad eosdem carceres, toties, quoties iudex siue magistratus iusserit, iuxta stylum qui in talib. casibus ibi obseruari solet, neq; vllo modo torquendã, p ea q̃ diximus in argumentis primæ opinionis. Id ꝗ nobis etiã suadet facti huius qualitas: etenim illa M. quæ detulit varia & inconstans fuit in eodem iudicio, ita vt integrum testimonium ex eius dicto haberi non possit, stigma vero pdictum pręterquamꝗ patitur exceptiones iam dictas, nõ videtur amplius, q̃ res parit maximam obscuritatem ac incertitudinem in hac causa, & nos potius suspicamur, minus fideliter carnificem ac ministrum illum retulisse de stigmate, quam vel dæmonis fallaciam subesse, vel alterius. Sunt. n. eiusmodi carnifices, vt experientia docet, & infra quoq; dicemus, aliquando ꝓcliues in accusationem & perniciem delatorum reorum, vt inde suam rẽ agant, & lucra multa consequantur. Si vero mulier captiua malę alias vitæ & famæ sit meretrix forte, aut similis infamię nota laboret, aut alias aliorum criminum delata & condemnata fuerit, aut valde suspecta, tunc secus arbitramur, eam scil. torquendam esse, quia qualitas personæ id exigit & concurrunt supradicta.

Quod si non ita clare sciri possit cuius qualitatis sit hæc fœmina captiua, forte, quod diuersi diuersa loquantur de ipsa, ac sentiant, vt fit, vel quod omnes vicini dicunt se ignorare, ita vt nec illucescat iudici eam esse vitæ turpis aut infamis ac inhonestę, nec etiã eam esse honestæ vitæ ac moribus conspicuã, adhuc putamus, benigniorem partem eligentes, quia iuxta regulas vulgares delictum non pręsumitur, sed vnusquisq; bonus & iustus putatur eam nõ esse torquendam sed relaxandam ex carceribus, vt supra.

Nunc secundam quæstionem aggredimur, quanta sit fides habenda stigmatib. quæ quidem quæstio est difficilis valde, quippe quæ nulla lege sit definita, & à nemine quem viderimus explicata.

Quęstionis autem cardo in eo vertitur, an eiusmodi stigmata faciant indicium ad inquisitionem vel capturam tantum, an etiam ad torturam, item, an etiam ad condemnationem, an vero nullum prorsus indicium & argumentum præstent, nec ad inquisitionem siue capturam, nec ad torturam, nec ad condemnationem: quæ res vt intelligatur melius duo præmittenda censemus.

Primo præmittimus indicium secundum ICtorum nostrorum regulas aliud esse necessarium, aliud verisimile siue probabile, aliud leue. Necessarium indicium est, quando ex eo efficimus ꝗ intendimus, eius enim tanta est authoritas & vis, vt concludens probatio dici possit: quocirca sufficit, non modo vt reus ex eo conuictus quęstionib. subiiciatur, verum etiam
vt condemnetur: indicium verisimile † dicitur, indi- 19
cium proximum delicto, quod facit vt reus quæstionibus subiiciendus sit. Indicium vero leue, quod etiam non repugnans dicitur, suspicio quædam est ac præsumptio, quæ absq; aliis adminiculis non facit, vt reus torqueri possit. Hanc distinctionem vna cum exemplis post Dd. antiquos luculenter explicat Menoch. *de arbitr. iudic. casu* 270.

Secundo pręmittimus, non quodlibet stigma siue cicatricem in corpore alicuius inuentam, indicium facere posse contra eum, quia naturaliter & absq; vllo crimine fieri potest, vt ex vlcere, vel aliunde inuratur alicui cicatrix in corpore, similis his stigmatibus q̃ circumferuntur de sagis, sed vt stigma sit tale, quale
in† mulieribus sagis & aliis maleficis reperitur à dia- 20
bolo inustum, tres habere debet qualitates siue conditiones, sicut experientia causarum istarum iam docuit ac docet. Primo enim illa pars corporis, in qua est stigma, debet esse insensibilis. Secundo debet esse impenetrabilis: & tertio, sanguinem emittere si pforetur non debet. Hinc est, vt si acu pforetur, non sentiatur dolor, non appareat sanguis, nec penetratio intus fieri possit duritie quadã resistente penetrationi. Hæc. n. quoniam regulariter ex vlcere non eueniunt, ad stigma diabolicum referri solent.

His præmissis, ad propositam quęstionem respondemus, conclusionibus quinque sequentibus. Quarum prima hæc est.

Stigma tale siue cicatricem his quas diximus præditum qualitatib. & conditionibus, nullum prorsus indicium facere, & rem inanem penitus esse ac nihili faciendam, asserendum non est.

Probatur hæc conclusio tum ratione, tum experientia. Ratione, quia hæc stigmata ex ordinario naturæ cursu & euentu in corporibus oriri non possunt, vt Medici oẽs attestantur: ergo ad ea generanda necesse est causam aliam ignotam concurrere, nempe dæmonis operam, pſertim quia id attestantur periti harum rerum. Experiẽtia vero, quia sæpe numero repertum est tale stigma in corporibus harum mulierum, & aliquæ fassæ fuere, vt audiuimus, se putare, ꝗ diabolus impresserit atq; inusserit ea stigmata post coitum: Quamobrem nullam prorsus fidem habere, & omnino reiicere eiusmodi signa, non videtur iuri consequens esse.

Secunda conclusio. Eiusmodi stigmata non sunt indicia necessaria, ita vt conuincatur ex eis reus delatus, ac proinde condemnandus sit.

Probamus conclusionem istam, non solum ex Moderno *in sua dæmonomagia libr.* 4. *cap.* 4. *non procul à fine.* quatenus dicit eiusmodi stigmata sufficere ad con-

demnationem, si concurrant alia indicia. Si enim alia indicia non concurrant, satis innuit secus esse, verum etiam hac ratione, quod certi esse non possumus, an diabolus ea stigmata corpori impresserit, an vero aliunde prouenerint. Deinde, vtrum appareat in corpore, eo quod reus coitum habuerit cum dæmone, vel pactum fecerit cum eo, vel aliam ob causam: & tertio, quia non possumus esse certi, vtrum reuera cicatrix sine stigma tales qualitates habeat. Non enim iudices solent ipsi perforare loca cicatricibus affecta, sed vtuntur opera carnificum, quorum nullus adeo bonus & sanctus est, vt fidem faciat indubitatã, præsertim cum eorum intersit, propter lucrum mulieres multas hac ob causam inquiri & vexari. Quod enim referunt insensibilem esse locum cicatricis, & sic non sentiri puncturam & perforationẽ, & penetrari non posse cicatricem id euenire potest, ex eo, quod non tangunt neruum, licet maxime fingãt se profundius perforare; quod vero sanguis non exeat ex tenuitate foraminis euenire aliquo modo potest.

22 Huc postremo accedat, ꝙ nec Malleus maleficorũ, nec vllus alius pter Bodin. aliquid scribit † de eiusmodi cicatricibus ac stigmatibus, neq; attestatur ꝙ sit eis multum tribuendum, & ipsemet Bodin. vnum addit falsum, eiusmodi cicatricis signum esse ad instar pedis leporis, ꝙ repugnat experiẽtiæ, si quidẽ eiusmodi cicatrices & stigmata sunt, sicut aliæ cicatrices ordinariæ, q̃ sunt in corpore quantũ ad apparentiã & colorem quare ad condemnationẽ non videtur nobis sufficere indicium hoc tam incertum ac dubium.

23 Tertia conclusio. Stigma per † se solum, absq; aliis adminiculis nõ est indicium sufficiens ad torturam, contra personam alias nõ suspectam de tali crimine.

Probatur hæc conclusio ex iis quę statim diximus; quod enim aliquis ex attestatione vnius carnificis ac vilissimi ministri, qui asserat stigma esse, sicut est in aliis fœminis ac personis maleficis, statim alio nõ concurrente, subiiciendus sit tormentis, id omni iustitiæ repugnat & æquitati. Faciunt ea quæ diximus in prima quæstione, dum ibi docuimus ex nostrorum Iurisconsultorum traditionib. ad torturam deueniendum non esse, nisi grauia sint indicia, clara, probabilia, & certa, non autem talia quæ pluribus modis interpretari queant.

24 Nec in atrocissimis delictis † procedi potest ad torturam sine legitimis indiciis, sicuti post Brunum & Corradum affirmat Clar. *quæst.* 64. *versic. dixi* licet enim in atrocioribus delictis licitum sit iura transgredi, sicuti dixit Innocentius *in cap.* 1. *de constitut.* Id tamen Innocentii dictum, quod omnes passim in ore habent, non ita simpliciter intelligitur, sed ita demum procedit & locum habet, quando constat delictum atrocissimum esse commissum, ab eo, qui imputatus siue delatus est, & agitur de eo puniendo, tunc licet iudici propter enormitatem criminis iura transgredi: Sed secus est in procedendo antequam constet reum accusatum seu delatum, illud crimen perpetrasse, quia tunc pendente causa non possumus dicere, quod simus in enormibus delictis, sed potius in imputatione enormis delicti, nam non sequitur, est inquisitus de tali crimine: ergo reus est vere talis criminis. Ita Innocentii & sequacium dictum ac sententiã Marsilius declarat *in practic. crim.* §. *diligenter num.* 69 vbi dicit hoc memoriæ mandandum, & se magnum honorem ex hac declaratione fuisse consecutum coram Capitaneo iustitiæ Mediolan. Idem tradit *in consil.* 52. *numer.* 46 Grammaticus *voto* 34. & alii multi quos refert & sequitur Roland à Valle *in consil.* 12. *nu.* 72. 73. *lib.* 3. Facit in huius rei confirmationem communis Doctorum nostrorum assertio, in crimine læsæ maiestatis ad torturam deueniri non posse, nisi legitima præcedant indicia, licet crimen læsæ maiestatis inter grauissima & enormissima numeretur, ita Gloss. Cynus, Baldus & Salyc. *in l. si quis aliqui. C. ad legem Iul. maiestatis*. Marsil. *singular.* 117. & alii multi quos refert & sequitur Osasc. *decis. Pedem.* 79. *nu.* 14. Rol. *in dict. consil.* 12. *nu.* 32. *lib.* 3. Francisc. Boer. *in consil.* 67. *n.* 14. vbi & alios citat ex quibus patet hanc esse communem sententiam & nullum habere contradictorem.

Fatemur autem casum istum vix euenire posse, vt scil. apud aliquẽ reperiantur à iudice stigmata, qui alias non sit diffamatus de tali crimine, aut aliud indicium habeat: non enim potest iudex absq; vllis indiciis & suspicionibus alicuius corpus inspicere, vt stigmata talia perquirat, secundum regulas notissimas iuris.

Et ideo subiicimus quartam conclusionem: si cum stigmate concurrant alia indicia, exempli gratia, mala fama inquisiti, in hoc genere delicti, vel delationes duarum mulierum, aut vnius quæ constanter in ea delatione ac depositione perseueret, aut mendacia, variationes rei, aut alia indicia verisimilia, reus delatus subiiciendus est tormentis, quæ conclusio satis probatur ex iam dictis, vnius enim socii criminis depositio cum aliis indiciis facit indicium ad torturam, vt sæpe dictum est. Rursusq; stigmata ista vna cũ aliis ꝓbabiliter iudici suadere possunt, reũ esse culpabilẽ. Et tritũ est indiciũ ex variatione, mendacio, confessione extraiudiciali, & similib. contra reum etiam ad effectum torturæ inferendæ ex Claro *in* §. *fin q* 21.

Quinta & vltima conclusio est stigma sine cicatrix ex relatione istorum carnificũ habens dictas qualitates indicium facit ad inquirẽdum & capiendũ reum, quia negari nõ potest talia stigmata aliquid arguere, ac suspicionẽ inducere. Talis autem suspicio non pōt esse tam leuis in hoc crimine occulto, & atroci, vt ad inquisitionem viam iudici non patefaciat. Hic vero casus raro potest euenire; quia vt iam diximus iudex perquirere non potest stigmata & cicatrices istas in corpore alterius, nisi prius suspecta sit persona de hoc crimine, si tñ contingat quocunq; tandem modo sola stigmata reperiri, & nullam aliã præterea præsumptionem cõcurrere, putamus indicium esse ad inquirendum tantum, & ad capiendũ, habita semper antẽ oculos ꝑsonarum & facti qualitate, verisimilitudine & aliis circumstãtiis, q̃ certis regulis cõprehendi à nobis nequeunt, q̃a nec à lege ipsa comprehensæ sunt.

Et ita iuris esse existimamus, meliori iudicio semper saluo, ad laudem Dei benedicti.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine Collegii.

Pro Serenis. vtriusq; B. Duce.

ARGVMENT. CONSILII XCVIII.

Agitur de iurisdictione cuiusdam Castri, & de eiusdem præscriptione.

SVMMARIA.

1 *Castrum illius esse ditionis præsumitur cui magis propinquum est.*
2 *Castrum illius iurisdictioni subiectum præsumitur, qui illud administrat.*
3 *Ex actibus iurisdictionalibus probatur iurisdictio.*
4 *Tempore immemoriali acquiritur iurisdictio.*

5 *Et acquiruntur etiam reſeruata Principi.*
6 *Tempus immemoriale habet vim tituli.*
7 *Ex verbis aſſertiuis inſtrumenti probatur iuriſdictio.*
8 *Verba enunciatiuæ probant iuriſdictionem.*
9 *Verba enunciatiua in antiquis probant dominium.*
10 *Inſtrumentum venditionis & hypotheca nõ probant dominium venditoris, vel obligantis.*
11 *Dominium rei ad aliquem pertinere probatur ex confeſſione eius.*
12 *Verba enunciatiua probant inter ipſas partes.*
13 *Et contra earum heredes ac ſucceſſores.*
14 *Domini quæſtionem referre non poteſt, qui ab aliquo cauſam habet.*
15 *Iuriſdictionis quaſi poſſeſſio probatur ex multis inſtrumentis, quibus mentio fit.*
16 *Dominium probatur per famam in antiquis.*
17 *Plura inſtrumenta famam inducunt.*
18 *Dominium probatur per antiqua inſtrumenta.*
19 *Etiam contra tertios poſſeſſores.*
20 *Et etiam iuriſdictio probatur ex antiquis inſtrumentis.*
21 *Merum imperium quid ſit.*
22 *Caſtrum vnius vel alterius ditionis eſſe non infertur ex vicinitate vel diſtantia.*
23 *Et dato quod aliqua oriatur præſumptio, illa locum habet in caſu dubio.*
24 *Iuriſdictio acquiritur in illo actu qui exercetur.*
25 *Emptio rei ſuæ nulla eſt.*
26 *Confeſſio geminata quanti ſit momenti.*
27 *Ius gladii quid ſignificet.*
28 *Extenſio non fit de vno caſu iuriſdictionis ad alium.*
29 *Iuriſdictionis actum qui exercet acquirit in omnib. aliis poſſeſſionem, & quomodo id procedat.*
30 *Cui competit cauſæ cognitio, competit etiam definitio.*
31 *De eodem.*
32 *Obſeruantia & conſuetudo attendenda.*
33 *Merum & mixtum imperium præſcriptione longiſſimi temporis acquiri poteſt.*
34 *Iuriſdictio amittitur per non vſum.*
35 *Merum imperium ſex habet gradus.*
36 *Ius confiſcandi competit habenti merum imperium.*
37 *Captura perſonæ non pertinet ad merum imperium.*
38 *Clauſula generalis reſtringitur, ad cauſam ſpecificatam.*
39 *Cognitio cauſæ differt à definitione.*
40 *Cognoſcendi poteſtate data non videtur data poteſtas iudicandi.*
41 *Præſertim vbi data eſt poteſtas cognoſcendi taxatiue.*
42 *Merum imperium qualiter præſcribatur.*
43 *Succeſſor in dignitate poteſt præſcribere ex perſona ſua, licet anteceſſor fuerit in mala fide.*
44 *Reſtitutio datur aduerſus præſcriptionem ex iuſta cauſa.*
45 *Et eſt communis.*
46 *Et ignorantia eſt iuſta cauſa.*
47 *Mala fides impedit præſcriptionem.*

Chriſti redemptoris noſtri ſuffragio humiliter implorato.

VIſa facti ſpecie, & quæſtionibus propoſitis, nec non iis quæ prudenter diſputata ſunt, in informatione facti, vna cum omnibus inſtrumentis exhibitis, & aliis ſcripturis diligenterq; ac mature omnibus examinatis ac diſcuſſis, in eam venimus vnanimi conſenſione ſententiam, ſecundum ea quæ proponuntur, Sereniſs. D. Ducem B. vtriuſq; &c. dominum noſtrum benigniſſimum, iuſtitiam in omnibus fouere, prout infra declarabimus, vt igitur noſtra hæc conſultatio plenior planiorque ex omni parte ſit, veterem conſulentium ac de iure reſpondentium morẽ ſecuti, ſuper qualibet quæſtione propoſita diſtincte, ac ſigillatim, diſſeremus, in vtramque partem, tum quia *Ariſtotele teſte* oppoſita iuxta ſe poſita magis eluceſcunt, tum quia veritas exagitata magis clarè ſplendeſcit, ac in lucem prodire ſolet, *vt in c. graue. 35. quæſt. 9.*

Quantum igitur ad primam attinet quæſtionem. Videbatur nobis prima ſpecie reſpondendum caſtrum ſiue iudicium ac dominium Matſeæ, quoad ius ſuperioritatis ac ſupremæ iuriſdictionis ad Illuſtriſſimum & Reuerendiſs. S. Archiepiſcopum, non autem ad Sereniſſimum vtriuſque B. Ducem pertinere, argumentis ſequentibus.

Primo, quia ſitus & locus dicti caſtri, vt ex chorographia Appiani cernere licet, verſus meridiem Archiepiſcopatui S. & ab ipſo nullo termino ſeparatus reperitur. Ea vero eſt celebris & explorata iuris regula in materia iuriſdictionis alicuius caſtri & loci cognoſcendi, vt caſtrum illius eſſe præſumatur ditionis
ac † ciuitatis, cui magis propinquum & annexum 1
eſt. *argumen. l. Inſula. §. adeo. ff. de acquir. rer. domi. & §. Inſula. inſt. de rerum diuiſione.* ita dixit Martinus Laudenſis *in tract. de Caſtellania. in 7. quæſtione.* idem non minoris authoritatis ſcriptum reliquit Bald. *in c. cum olim. de præſcrip.* cuius rei rationem attulit idem Bald. *in c. cauſam. col. 3. de probat.* quod nimirũ vicinitas & aptitudo argumenta ſint dominii, id ipſum & aliis argumentis confirmat nouiſſime Hieronymus à Monte *in tract. de finib. regundis. c. 83.* Hunc & alios plures refert & ſequitur Ioſephus Maſcardus *de probationib. volum. 1. concluſ. 127.*

Secundo, quoniam ſupradictum caſtrum Matſeæ adminiſtratur per ſingularem præfectum qui ſoli Archiepiſcopo iuramento obſtrictus eſt & vltra hominum memoriam non aliter quam reliquæ S. ditionis præfecturæ eiuſmodi caſtrum Matſeæ attingentes adminiſtratum fuiſſe proponitur.

Ex hoc enim duo argumenta fortiſſima deducuntur. Vnum quod caſtrum Matſeæ ad Illuſtriſſimum Archiepiſcopum S. pertinere iudicandum ſit ex eo quod præfectum ibi habeat qui caſtrum adminiſtrat, & ius dicit ſicut in aliis locis ad eius ditionem pertinentibus.

Illa enim eſt communis regula † locum & ca- 2
ſtrum eius iuriſdictioni & dominio ac ſuperioritati ſubiectum cenſeri qui illud adminiſtrat per officiales ac præfectos ſuos ius dicendo ac cætera iuriſdictionis munera obeundo, *vt in c. licet. de probationib. in c. dilecto de officio.* Archidia. Felinus *in c. cum cauſam. de probationib.* Abbas Panormitan. *in conſil. 62. num. 18. lib. 2.* Albertus Brunus *in conſil. 34. num. 6.* Et ex † acti- 3
bus iuriſdictionalibus quos quis exercet probari iuriſdictionem eum habere in loco late probat Ludouicus Romanus *conſil. 70. num. 13.* Socinus ſenior *in conſil. 187. col. 7. lib. 2.* alios citat Iac. Menoch. qui eandem amplectitur ſententiam *in commentar. de retinen. poſſeſſione remed. 3. num. 585. & in conſil. 21. num. 10. libro primo.* Ioannes Cæphalus *in conſil. 458. num. 34. libro quarto.*

Alterum eſt argumentum, quia † per huiuſmodi 4
tempus vltra hominum memoriam acquiritur iuriſdictio abſq; alio titulo & cauſa, vt docet Albericus *in l. vlt. C. de iuriſd. omn. iudic.* Angelus *in l. hoc iure. §. ductus aquæ ff. de aqua quoti. & æſtiua.* Decius *conſ. 341. col. pen.* Iaſon *in l. imperium num. 20. ff. de iuriſd. omn. iudic.* Crauetta *de antiquitate temporum. parte 4. quæſt. 4. num. 125.*

5 & tanti temporis † possessioné prodesse ad ea acquirenda quæ in argumentum superioritatis præstantur scriptum reliquit Bald. *in l. 1. colum. 2. C. ne rei domi. vel templo.* Alexan. *consf. 34. nu. 13. lib. 6.* Felin. *in c. ad audientiam num. 22. vers. vltimo facias regulam. de præscrip.* Balb. *in tract. præscript. in 1. part. quintæ partis principalis vers. secunda quæstio est, vtrum superioritas.* Alba. *in cons. 64. n. 91.*
6 Cuius imo † quarum conclusionum illa assignari solet ratio quod tanti temporis cursus vim habet tituli, *vt in d. l. iam hoc iure. § ductus aquæ. ff. de aqua plu. arcen. & in c. super quibusdam § præterea de verb. sign.* quemadmodum declarat optime plures authoritates cumulando quas prætermittimus, Crauet. *in cons. 673. n. 6. lib. 4.* quibus si addantur notata in hanc sententiam à Iosepho Mascardo *de probat. vol. 2 concl. 1053. num. 14.* nihil fere hactenus scriptum arbitramur quod in huius rei confirmationem desiderari queat.

Tertio, quod dictum castrum Matseæ ad Illustrissimum Archiepiscopum S. pertineat adhuc fortius probari nobis videbatur ex instrumento transactionis anno 1527. celebratæ inter dictum Serenissimum Ducem ex vna, & Illustrissimum Archiepiscopum ex altera, in qua expresse dictum fuit, Matseæ locum esse ditionem, castrum, præfecturam & iudicium, ad Archiepiscopatum pertinens cum citatione, profectione, steuris, seruitiis, & omni alia iurisdictione, excepto iure gladii. Et quanquam ius gladii exceptum sit, illud tamen nihil obstare videbatur, quia intelligi posse videbatur de quadam executione meta facti, vt infra dicemus, in secúda quæstione, quod quidem ius executionis absque controuersia ad Serenissimum vtriusque B. Ducem pertinere dicitur.

Etenim illud instrumentú transactionis asserit, ad Archiepiscopum spectare iurisdictionem dicti castri, ex qua assertione probatur † iurisdictio ex traditis
7 per Socinum sen. *in consil. 187. num. 3. versic. hoc idem arguunt. lib. 2.* refert & sequitur Alba. *in consil. 64. num. 5.* & Iacob. Menochius *in commentariis. de retinenda poss. remed. 3. num. 587.* Et præsertim inter † ipsas par-
8 tes, inter quas verba enunciatiua in hac ipsa materia finium & iurisdictionum probant, vt per Afflictum *de. ss. 83. num. 2.* Guido Papæ *decis. 191.* & probatur *ex l. optimam. C. de contrah. & committenda stipul. & ex l. cum aliquis. C. de iure delib.* Hieronymus de Monte *de finib. regundis. cap. 60 num. 1. & 2.* Et cum instrumentum illud transactionis sit antiquum, probationem faceret, etiam si inter alios esset confectum, quod est fortius, vt docet fuse ex communi omnium sententia Hieronymus de Monte *loco citato.* & ad probandum alicuius iurisdictionis dominium † antiqua instru-
9 menta, in quibus eiusmodi continetur enunciatio, plurimum conducere, respondit idem Socinus sen. *in consil. 166 num. 2. 6. 7. & seq. lib. 2.* idem responderunt & multi alii quos in hanc sententiam refert Iosephus Mascardus *de probationib. volum. 1. conclus. 540. num. 12.*

Nec prædictis obstare videbantur aliquot instrumenta venditionum & pignorationum quibus dicitur Serenissimos olim vtriusque B. Duces vendidisse cum pacto reluendi vel obligasse Illustrissimis Archiepiscopis S. sæpe dictum castrum Matseæ, & ius gladii ac supremæ iurisdictionis ac superioritatis quod in dicto castro habebant. Quia instrumentum venditionis & hypothecæ non probat venditorem & pignori dantem esse dominum rei, nec is qui emit vel accipit rem sub hypotheca, fateri censetur, illum esse dominum, imo exceptionem opponere potest,
10 quod † dominus non fuerit, quia res aliena vendi & obligari potest, sine tamé præiudicio domini, ita docet Glo. & Bartol. *in l. ita, vt si fur. quam legem Bartolus legit cum l. commodare quæ eam præcedit ff. commodati.* per text. *in l. vlt. C. de rei vendica.* & idem voluit Castren. *in consil. 169. colum. 1. in fine lib. 1.* probatur ex notatis per Gl. quam ad hoc ponderat ibi Angel. *in l. 1. ff. de publiciana.* sequitur Alexand. *consil. 92. num. 1 lib. 1.* Crauetta *consil. 157. num. 5.* Neguzantius qui loquitur de re hypothecæ subiecta *in tract. de pignor. in 3. memb. 2. partis principalis num. 64.*

Verum istis nil morantibus contrariam sententiam re maturius considerata ac diligentius inspecta, amplexi sumus: nimirum sæpedictum castrum Matseæ ad Serenissimum vtriusque B. Ducem pertinere, non autem ad Illustrissimum Archiepiscopum S. distinguendo tamen inter ius gladii siue merum imperium, & inferiorem iurisdictionem, vt quoad ius gladii siue merum imperium ad Serenissimum vtriusque B. Ducem pertineat, quo vero ad inferiorem seu, vt vulgo dicitur, bassam iurisdictionem, ad Illustriss. Archiepiscopum pertineat.

Ad huius autem rei euidentem demóstrationem præmittimus in facto ea quæ nobis exhibita sunt in publicis documentis contenta. Quatuor videlicet extare instrumenta diuersis temporibus celebrata, venditionum siue oppignorationum cum pacto redimendi siue reluendi huius castri Matseæ videlicet anno 1442. & 1509. & 1531. quibus instrumentis continetur Serenis. vtriusque B. Duces pro tempore existentes eiusmodi castrum Matseæ vedidisse, seu oppignorasse, pro certa pecuniæ quátitate Illustr. Archiepisc. S. pro tempore existentib. & in iis omnibus instrumentis expresse dicitur memoratum castrú Matseæ ad vtriusque B. Ducem pertinere quoad ius gladii, quo vero ad inferiorem iurisdictioné ad Archiepiscopum S. Hæcque omnia fassi sunt Archiepiscopi in memoratis instrumentis vera esse, dictumque ius gladii idcirco emerunt ac hypothecæ titulo acceperunt à dictis Ducibus ac Principibus vtriusque B. cum promissione restituendi dicta iura vendita facta pecuniæ restitutione. Et in eisdem instrumentis etiam illud cótinetur ad maiorem huius rei expressionem dictum castrum Matseæ ad præfecturam loci, qui ad eundem vtriusque B. Ducem spectat, pertinere. Vnde in executionem eiusmodi venditionum & pignorationum W. & L. Ducis vtriusque B. tutores & gubernatores, iusserút statim præfectis castri Matseæ prædicti, ne se de cætero immiscerent in iurisdictione & iure, sic venditis Archiepiscopis S.

Hæc instrumenta venditionum conclusionem nostram iam firmatam, in fauorem Ducis vtriusque B. manifeste probare ac euincere nobis visum est, ex triplici capite.

Primo considerando ac perpendendo Illustrissimos S. Archiepiscopos in iis omnibus instrumentis, pactionibus, atque contractibus fassos esse, quod dictum ius gladii ad Serenissimum vtriusq; B. Ducem pertineat, ad se autem pertineat tantum inferior iurisdictio. Certi enim iuris est, dominium alicuius rei satis † probari ad quempiam pertinere, ex confessio- 11
ne aduersarii, licet enim confessio non transferat dominium, illud tamen probat *l. si quis. §. differentia. ff. de acquir. poss.* Bartol. *in l. cum falsa num. 2. Cod. de iuris & facti igno.* Crauet. *cons. 157. post num. 2. versic. ex qua confessione. & consil. 70. num. 12. versic. ex qua recognitione & confessione.* & id procedit etiam si verba instrumenti sint † enunciatiua, quia inter ipsas partes probant, 12
vt respondit Alexan. *in consil. 112. col. 1. lib. 6.* refert & sequi-

sequitur Crauetta *in consil.* 29. *num.* 1. subdens sicut
verba enunciatiua probant cõtra ipsum contrahen-
13 tem, ita etiam † contra eius successores probare: alle-
gat multas authoritates: alios plures refert & sequi-
tur Iosephus Mascardus *de probationib. volum. 1. conclus.*
545 vbi *num.* 10. ait, quoniam aliqui contradicunt,
negari tamen non posse, quin præsumptionem ma-
gnam inducat eiusmodi confessio, cui propterea
standum sit donec contrarium probetur: allegat De-
cium & alios, *vt ibi per eum.* idem respondit Socinus
senior, post Ioan. Andr. Baldum, Bartolum, Anchar.
& Aretinum quos citat *in consil* 11. *&* 13. *nu.* 5. *lib.* 3. *&*
89. *post num.* 16. *lib.* 1. Ruinus *consil.* 128. *nu* 16. *lib.* 2. Lau-
rentius Syluanus *consil.* 57. *num.* 42. Et ad propositum
finium probandorum, idem de verbis enunciatiuis
inter ipsas partes docet late Hieronym. à Monte *de
fin. b. regundu. c.* 60. *n.* 1. *&* 2.

Secundo, ponderando Archiepiscopos S. à Duci-
bus vtriusque B. emisse & pignori accepisse memo-
ratum ius superioritatis & gladii in dicto castro Mat-
sex, certa pecuniæ summa persoluta. Licet autem is
qui ab alio tertio conuenitur ratione rei emptæ vel
sibi oppignoratę, allegare possit venditorem & obli-
gantem non fuisse dominum rei venditæ vel oppi-
gnoratæ, vbi tamen ab ipso venditore conuenitur id
14 allegare non potest, neq; † enim ei à quo causam ha-
bet referre dominii quæstionem potest, ita conci-
liando diuersas interpret. sententias distinguit Phi-
lippus Decius *in l. si à furioso. circa finem ff. si certum peta-
tur* quem refert & sequitur Crauetta *in consil.* 157. *n.* 5.
Et sicut is qui emit & causam habet non potest ven-
ditori dominii quæstionem referre, ita nec succesio-
res eius possunt, ita post Socinum, Ripam, & alios,
quos commemorat late probat Io. Cæphalus, *in con-
sil.* 386. *num.* 31. *&* 32. *lib* 3. Et respectu possessionis res
est prorsus indubitata, nimirum præfatos Archiepi-
scopos qui emerunt & pignori acceperunt, & eorum
successores negare non posse, quin vtriusque B. Du-
ces qui vendiderunt & obligarunt dictum ius gladii,
fuerint in possessione eiusdem iuris siue iurium ven-
ditorum & obligatorum, vt in dictis instrumentis:
quemadmodum respondit Socinus senior *in consil.*
187. *num.* 16 *lib.* 2 Arguendo inquit à communiter ac-
cidentibus non est verisimile quod dicta loca fuis-
sent vẽdita & locata cum iurisdictione, nisi venden-
tes & locantes fuissent in quasi possessione, illud e-
nim quod multum distat à verisimili habet, inquit,
speciem falsitatis, &c.
15 Tertio, perpendẽdo eiusmodi instrumẽta esse † plu-
ra, & antiqua aliqua supra annos centum confecta,
aliqua vltra 50. & 60. vnde multum conferunt ver-
ba quæ in consilio iamiam relato Socinus sen. sub-
iungit *num. citato.* Et tot contractus, inquit, super iu-
risdictione tam antiquis quam modernis tempori-
bus sunt celebrati, pro certo absurdũ est dicere quod
non fuerint in quasi possessione iurisdictionis. Cum
enim multæ sint assertiones partium in dictis instru-
mentis, tam super dominio iurisdictionis, quam pos-
sessione iurisdictionis quæ regulariter ad tertii præ-
iudicium non solent probare, tamẽ, inquit, post pau-
cas allegationes tot sunt instrumenta tam antiqua,
quam non antiqua, quæ concordant in eundem rei
finem, tam respectu proprietatis, quam respectu pos-
sessionis quod plus quam sufficienter probant. Ha-
ctenus Socinus. Confert insuper quia in antiquis do-
16 minium † probatur per famam, vt constat ex infini-
tis prope authoritatib. quas citat Iosephus Mascard.
de probat. vol. 1. conclus. 546. Quod procedere etiam in
dominio iurisdictionis post Bertrandum firmat Hie-
ron. à Monte *in d. tr. de finib. regun. c.* 66. *n.* 10. Plura ve-
ro † instrumenta famã inducunt, vt notatur *in l. pro-* 17
prietate. C de probat. Hierony. à Monte *loco proxime cita-
to. n.* 2. & Ioseph. Mascard. *loco etiam proxime citato. n.* 2.
Et præterea illud facit, quod licet regulariter domi-
nium non probetur per instrumẽta *l. cum res. C. de pro-
bat.* & tradit late Socin. sen. *consi.* 166. *n.* 11. *lib* 2 Id † ta- 18
men in instrumentis antiquis non procedit, quia per
antiqua instrumenta probatur dominium. *l. inducia.
C. de rei vendic.* Ruin. *cons.* 14. *n.* 7. *&* 8 *lib.* 4. Et in proba-
tione dominii iurisdictionis, Socin. sen. *cons.* 166. *n.* 2.
6. 7. *&* 18. *lib.* 2. Alex. *in cons.* 2. *n.* 8. *lib.* 3. alios plures al-
legat in hanc sententiam Ioseph. Mascard *de probat.
vol.* 1. *concl.* 540. *n.* 12. Quinimo plura instrumenta an-
tiqua quibus fit mentio dominiũ alicuius rei ad ali-
quem spectare probant † etiam contra tertios pos- 19
sessores, vti responderunt Decius *cons.* 468. *colum. pen.*
Ruin. *cons.* 14 *lib.* 4. Syluan. *cons.* 57. *num.* 40. Nonius *in
cons.* 73. Bursat. *cons.* 27. Io. Cæphal. *cons.* 443. *n.* 27. *lib.* 3.
Hippol. Rimin. *cons.* 23. *n.* 280. *cum plurib. num. seqq. lib.*
1. Et quod probent contra tertium etiam titulo sin-
gulari causam habentem à contrahentib. tradit No-
nius *cons.* 73. vbi quod omnis ꝓbatio, quæ concludit
contra authorem, concludit etiam cõtra singularem
successorem habentem causam ab eo. Et postremo
facit quod verba enunciatiua in instrumẽtis antiquis
reperta probant non solum inter contrahentes, ve-
rum etiam contra tertium, & quidem plene, non so-
lum confinia, verum etiam dominium & in specie
locum aliquẽ esse de † iurisdictione alicuius diocœsi 20
vel districtu, vt ex infinitis prope testimoniis Iuris-
consultorum probat idẽ Hieron. à Monte *de finib. re-
gund. c.* 60. *nu.* 5. Nec vero dubitauimus verba illa quæ
sæpe iterantur in memoratis instrumentis, summum
ius gladii ad B Ducem pertinere, importare merum
imperium quod etiam potestas † appellatur, sic enim 21
ius gladii, siue gladii potestatem iure nostro accipi,
multis legib. probatur. *l. illicitas §. qui vniuersas. ff. de off.
præsidu. l. nemo potest gladii. ff de reg. iur. & l. imperium. ff. de
iurisd. omn. iud.* vbi expresse dicitur, merum imperium
est habere gladii potestatem ad animaduertẽdum in
facinorosos homines, quod etiam potestas appella-
tur, & ibi id notant omnes interpretes, & veteres &
recentiores.

Quibus sic se habentibus nihil obstare nobis visa
sunt quę priore loco in oppositã sententiã retulimus.

Etenim quod attinet ad primum argumẽtum, ex
vicinitate loci, respõdetur illud esse infirmum ex iis,
quæ tradit Brun *in cons.* 109 *n.* 8. quia, vt ipsa docet vi-
cinitas vel distantia † non inducit præsumptionem 22
quod locus & castrum sit magis vnius quam alterius
ditionis, quia constat aliquas ciuitates lata & longa
habere territoria, & aliquas parua & stricta, & aliquas
nulla.

Sed dato, quod aliquam induceret coniecturam
& præsumptionem, illa tamen locum habet in casũ
dubio, & nisi aliud ostẽdatur, vt † diserte docet Hie- 23
ronym. à Monte *de finib. reg. c* 83 *nu.* 1. & ita omnes lo-
quuntur in contrarium citati Iosephus Mascardus *d.
concl.* 27. *num.* 3. & alii supra allegati: sed in hac specie
nostra nos versamur in claris, non autem in dubio
quoniam ex instrumentis antiquis, quæ supra recen-
suimus, satis manifestum est castrum esse B. iurisdi-
ctionis, non autem S. quoad merum imperium &
summam iurisdictionem, licet quod inferiorem iu-
risdictionem ad S. ditionem spectet.

Quod vero attinet ad secundum argumentum, il-
lud

lud similiter nō obstat, quia etsi castrum Marseæ administratur per vnicum præfectum S.nomine, id tamen nihil aliud inferre potest, quam S. ius in eo habere quo ad inferiorem iurisdictionem, quod enim attinet ad ius summum gladii castrum pertinet ad vtramque B. vt patet ex supra dictis instrumentis. Quod si forte exercetur in dicto castro summa iurisdictio à præfecto S.id non iure fieri contendimus repugnare transactionum instrumentis & omnib.aliis conuentionibus & documentis,quibus vt ostensum est,& infra etiam ostendetur, palam est, Castrum illud ad vtramque B.pertinere.

Porro quod dicebatur vltra hominum memoriam sic semper administratum fuisse S.nomine,respondemus id nullo modo verum esse posse, quia cōstat dictum Castrum administratum fuisse quoad summum hoc ius gladii vtriusque B.nomine.Id constare dicimus ex literis W.& L. tutorum Ducis vtriusque B.qui mandarunt eorum præfectis,vt non immiscerent se amplius in ea iurisdictione postquam S. vendita fuit. Idem ex confessionibus ipsorum Archiepiscoporum, ex verbis enunciatiuis & aliis documentis satis euidenter constare supra deduximus. Vnde non est bona consequentia semper vltra hominum memoriam exercuit actus iurisdictionis Archiepiscopus, & in eo castro constituit præfectum pro tempore, ergo ipse solus habet plenam & summam iurisdictionem: quoniam actus illi iurisdictionales probant iurisdictionem simplicem & inferiorem Archiepiscopi, non autem summam & supremam quia summa & suprema iurisdictio respectu summi iuris gladii tenebatur & possidebatur à Duce vtriusque B.penesque ipsum & eius præfectos vel ibi vel alibi existentes erat,quib.castrum Marseæ subiectum erat & obediebat.Sic enim dicimus,q; licet ex actibus iurisdictionalibus quos quis exercet, probetur, iurisdictionem esse penes ipsum, tamen id non procedit, quando quo ad alios actus iurisdictionis alias est in quasi possessione, tunc enim non nisi in
24 illo actu † in quo iurisdictio est exercitata acquiritur, & probatur. *l. quod meo. §. vlt. ff. de acquir. possess.* sic respondit Romanus *in consil.* 368. *num.* 15. alias plura in hanc sententiam adducit Iosephus Mascardus *de probat. vol.* 2. *concl.* 946. *n.* 8.

Ex quibus euanescit alterum argumentum quod ab antiquitate temporis ductum erat, quasi S. vltra hominum memoriam in possessione iurisdictionis fuerit: Quia licet concedamus iuris propositionem veram esse, qua dicitur, ex possessione tanti temporis quod hominum memoriam excedit, ius acquiri, titulum præsumi, & alia multa; tamen negamus S. vltra hominum memoriam,imo multo tempore ante Ducem vtriusque B. possedisse, & habuisse summam iurisdictionem, ac summum ius gladii in dicto castro. Quomodo enim id habere potuit si erat penes vtramque B. Rursus si habebat, cur toties emit ab eo ius illud gladii ac summæ iurisdictionis, sicuti
25 constat ex instrumentis emptionum. Emptio † rei suæ nulla est, *l. suæ rei. ff. de contrah. empt.* Item cur pignori accepit? Non consistit pignus in re propria. *l. neque pignus. ff. de reg. iur.* Denique cur semper in dictis emptionum pignorationum instrumentis& aliis transactionum quoque documentis de quibus infra dicimus semper confessus est S.se in eo castro iurisdictionem inferiorē possidere, summum ius gladii ab vtraq; B.possideri? Nunquid tot iteratæ geminatæq; cōfessiones,assertiones,enuciationes erroneę omnes
26 præsumēdæ. Certe non. Imo cōfessio geminata † reuocari non potest erroris prætextu, vt docet Romanus *consil.* 346. *colum.* 2. *versic. primo quia. &* Hieronymus Gratus *consil.* 54. *num* 21. *lib.* 1. & æquiparatur confessioni iuratæ, vt tradit Felinus *in c. si cautio. num.* 39. *de fide instrum.* præsertim cum ex interuallo emanauit, vt docent Alexan. *in l.* 1. *colum.* 5. *ff. de verb. oblig.* Decius *in c. sua nobis. colum. finali. de appellationib.* Et parit actionem, vt docet Bartol. *in l. cum summus. C. de agri. col. & censitis lib.* 10. Abbas Panormit. *in c. si cautio. de fide instrum. circa finem.* & alii plures quos commem[illegible] Antonius Gabrielius *commun. conclus. tit. de confess. conclus.* 3. Faciunt quæ de confessione geminata tradit Iosephus Mascardus *de probationib. lib.* 1. *conclus.* 345. *num.* 52. Et quæ de verbis enunciatiuis geminatis docet idem *volum.* 2. *conclus.* 621. *num.* 37. Et præsertim in factis antiquis, vt ibidem probat *num.* 15. nimirum eiusmodi verba enunciatiua plenam probationem facere, vt ibi per eum, qui iura citat & authoritates quæ videri possunt.

Non obstat vltimum argumentum, sumptum ex instrumento transactionis anni 1527. quia dictum transactionis instrumentum facit pro vtraq; B. cum in eo dicatur Marseæ castrum spectare ad vtramque B.quoad ius gladii licet quoad alia quæ sunt inferioris iurisdictionis, ad Archiepiscopum pertin[illegible] dicatur. Hoc est enim quod contendimus ac in tota hac consultatione constanter asseueramus.

Nec verum illud est quod asseritur summum ius gladii nudam executionem vel restrictam quandam potestatem importare, significat enim merum † imperium & summam potestatem animaduertendi in facinorosos, *vt ex l. Imperium. ff. de iurisdict. omn. iud. & ex aliis legib. supra deduximus.* Ea vero quæ in contrarium in secunda quæstione adducentur, à nobis etiam firmissimis rationibus confutabuntur. Vnde nullus erit hac in re dubitationi locus Atque hæc de prima quæstione. 27

Secunda est quæstio an Serenissimus vtriusque B. Dux in prædicto dominio Marseæ ius gladii plene habeat, an vero restricto qu[o]dammodo, nimirum, vt tantum executionem criminalium causarum & præterea nihil aliud habeat, ita vt ius confiscandi & omnia alia iurisdictionis iura, excepta executione ad S.Archiepiscopum pertineant.

Videbatur nobis prima, vt aiunt fronte Serenissimum vtriusque B. Ducem non habere plenum ius gladii in dicto dominio & castro Marseæ, sed cum certis limitationibus ac restrictionibus, scilicet quoad ius exercendi tantum causas criminales. His sequentibus argumentis.

Primo, ex transactione anno 1530. inter vtriusq; B. Ducem & S.Archiepiscopum celebrata, in qua trāsactione quidam criminales casus enumerantur, & eorum cognitionem & iurisdictionem ad vtramque B. pertinere dicitur, deinde clausula generalis subiicitur, reliquos scilicet omnes casus ad Archiepiscopi iurisdictionem & cognitionē pertinere, si enim tantummodo casuum expressorum cognitio est B domus, sequitur eam non habere plenum ius gladii, sed restrictum & limitatum ad quosdam casus, vnde ad alios casus non porrigitur B. potestas: quia non fit extensio de vno † casu iurisdictionis ad alium, vt docet Bartol. *in l* 1. §. *hoc interdicto. ff. de itinere actuque priuato.* & ita respondit Celsus Vgo *cons.* 71. *nu.* 7. & late declarat Hieron. à Monte *de finib regundis c.* 78. Et vbi iurisdictio fundatur in pactis & conuentionib. non debet extendi ad alia quam ad ea quæ in pactis contenta & expressa sunt. Vnde eo in casu dicitur acquisita 28

ista iurisdictio limitata ita respondit Marianus Socinus *consil.7 lib.1.* Bartholo. Socinus *in consil.74.eod.lib.* Albertus Brunus *consil.5.* & Ioannes Franciscus Purpuratus *consil.18.nu.64.lib.1.* Et sic limitatur illa com-
29 munis regula, qui exercet † vnum actum iurisdictionis in omnibus aliis actibus acquirit possessionem, & ius exercendi, vt non procedat quoties in aliis actibus iurisdictio est penes alium, vt declarat late adductis authoritatibus & legibus, Iosephus Mascardus *de probationib.lib.2.conclus.946.num.* 8. & hic videtur casus noster, quia exceptis casibus expressis & nominatis, in reliquis dictum est iurisdictionem pertinere ad Archiepiscopum S. vt in dicta transactione.

Secundo, ex eadem transactione considerando id quod in ea dicitur, nimirum etiam in causis criminalibus quæ ad vtriusque B. iurisdictionem spectare dicuntur vbi delictum accusari ac delati notoriũ non est capturam personæ delinquentis, & cognitionem ipsius delicti atque probationem fiendam & habendam esse coram & à iudice ipsius Archiepiscopi, tanquam ordinario iudice in dicto loco Matseæ, & interea temporis præfectos & officiales Principis vtriusque B. nihil agere posse. Ex hac enim declaratione satis liquido constare nobis videbatur, plenum ius gladii atq; adeo plenarium ipsius meri imperii exercitium, Principi vtriusque B. non competere in dicto loco Matseæ, sed tantum sub certis ac limitatis modis ac formis, videlicet quantum ad solam executionem sententiarũ à iudice Archiepiscopi latarum, qui causarũ habet cognitionem, etenim
30 cum Archiepiscopi officialib. competit † causarum cognitio, competere videbatur etia definitio. *l.1.C.si contra ius vel vtilit.pub* & ibi Gl & Bart. *l.5 §.cognoscit.ff. de offi.præfecti vigilum.* Vnde si fiat compromissum in arbitrum, & ei potestas detur cognoscendi causam
31 intelligitur † etiam data potestas eam definiendi, vt docet Gl. *in l.qui procuratorem dat* & ibi Bart. & Angel. *ff.de procurat.* Bartol. Alberic. Imola, Salycet. Fulgos. & alii quos refert & sequitur Iason *in d.l.* nu. 70. *sup.r Gl. in verbo, cognita ff.de offi. eius cui mandata est iurisd.*

Tertio, quia narratur, & facit regula illa de qua recognouit in facto ita semper obseruatum fuisse, etiam vltra hominum memoriam, vt præfectis & officialibus Principis vtriusq; B. in dicta ditione Matseæ, in causis criminalibus, nũquam plus concessum fuerit, quam vt ad denunciationem præfecti S. confessum & conuictum in loco determinato susciperent & ius illi dicerent. Præfectis vtriusque B. nunquam appareret significatam fuisse fugam delinquentium, aut bonorum descriptiones ac annotationes, transmissas, aut confiscationes concessas. Vnde ex iis nuda quædã executionis potestas maleficia puniendi competere tantum videbatur Principi vtriusque B. tribus rationibus.

32 Priore quidem quoniam obseruantia † & consuetudo quæ secuta & seruata est inter partes declarat ius ipsis partibus competens, & quæ fuerit in omnibus pactis & transactionibus earum mens ac intentio, ut maxime sunt mutanda. *ff de legib.* Castr. *consil.347.lib.1.* Socin sen. *conf.111. colum. vlt. lib.1.* Menochius alios citans *de arbitr.iud casu 99.num.11.* Crauetta *cons.158. n.1. & 247.n.7* Cephal. *cons.172.n.14 lib.1.*

Secunda est ratio, quia ex tanti temporis vsu & exercitio ac obseruantia ius quæsitũ videtur Archiepiscopo ac præscriptũ omne ius & iurisdictionis exercitium excepta executione, dato quod nullum ius haberet. Etenim merum imperium ac mixtum præscriptione longissimi temporis & immemoriabilis
33 queri posse nemini dubium est, ex † iis quæ post alios adduxit Didacus Couuar. *in commentariis ad reg. c. possessor malæ fidei. de reg.iur lib.6.in §.3.*

Tertia ratio est, quia dato, quod dictum ius gladii ac merum imperium competeret Principi vtriusque B. absolute & simpliciter & non tantum quoad executionem, amissum tamen videtur ex † non vsu 34 tãti temporis. Est enim in iure satis exploratum, eum qui iurisdictionem habeat in finibus territorii, & ea non vtitur per spacium triginta annorum, excludi, & illam amittere, vt respondit Corneus *in consil. 142. num.8.lib.3. & num 10. per l.sicut. & l omnes. C.de præscrip. longiss temp.* refert & sequitur Menochius *in consil.147. num. 43.lib.2.* idem tradit Hieronym. à Monte *de finib. regun.cap.77.num.11.* & Natta *in consil.636.num.119 lib. 2.* sed ante istos idem respondit Bart. *in consil.189 incip. Primo quæritur vtrum iurisdictio an vlt.dub.o.*

Quibus tamen non obstantibus, contraria sententia nobis visa est verior & iustitiæ magis conformis: nimirum Serenissimum Ducem vtriusque B. in memorato dominio & castro Matseæ summum ius gladii habere, non autem nudam ac simplicem executionem, salua scilicet inferiori iurisdictione Illustrissimo S. Principi competente, item saluis iuribus eiusdem S. quo ad hæc duo capita quæ ex transactione anni 1510. constituta & conuenta sunt. Primum, vt distinctio illa & declaratio causarũ pertinentium ad ius gladii ac summum imperium, & pertinẽtium ad simplicem iurisdictionem alias facta ex communi consensu & iudicio consiliariorum vtriusq; Principis, vt in dicta transactione habetur, suum habeat locum, ad tollendam omnem dubitationem, si quæ oriri possit, circa casus in ea declaratione & distinctione contentos & expressos.

Ad hunc enim finem emanauit illa declaratio ac distinctio causarum & casuum, vt scilicet nulla circa illas causas oriretur in posterum disputatio & controuersia. Secundo, vt quoties delictum, cuius aliquis delatus & accusatus est in d. Castro & dominio Matseæ, quod non sit notorium. probatio fiat coram iudice S. Principis, vt in dicta transactione habetur.

Itaque dicimus Archiepiscopo S. competere simplicem iurisdictionem in causis ciuilibus, & id & quæ sunt inferioris iurisdictionis, Principi vero summum ius gladii, & sic merum imperium, quod quidem merum imperium sex habet gradus, nimirum potestatem legem & statuta condendi, animaduertendi in facinorosos homines, ius deportãdi, relegandi, coer-
cendi † & mulctandi, & cætera faciendi & exercen- 35 di, de quibus per Bartol. doctrinam communiter approbatam *in l.imperium.ff.de iur. sd.om.n.iud.* vt ibi per Alex. Castr. Iason. Decium, Cagnol Alciat. & omnes posteriores interpretes. Dicimus præterea ius confiscandi ad ipsum vtriusq; B. Principem pertinere, non autem ad Archiepiscop quia ius confiscandi † com- 36 petit ei qui merum imperium habet, nõ autem ei qui habet simplicem iurisdictionem, vt est tex expressus *in l 1 C. ne sine iussu Principis certis iudicibus liceat confiscari* & in specie ita docent omnes Doctores, ibi Bald. Salyc. & alii late Conrad. Lancellotus *de officio Prætoris, in causis criminalibus titul. de publicatione bonorum. num.1.* Roland. à Valle *in consil. 18. numer. 12. libr. 2.* Marcus Antonius Pellegrinus *in tractat. de iure fisci libr. 5. titul.1. sub num.25.*

Captura vero ac detentio delinquentium, quæ aliquãdo cõpetere potest officialib. Archiepis. vt in d. trans-

transactionis instrumento anni 1530. non pertinet ad merum imperium, sed ad simplicem iurisdictionem quia non datur ius capiendi nisi ad custodiam delinquentium & delatorum, non autem ad punitionem, sicuti docet Bartol. *in l. Imperium. num. 8. ff. de iurisdict. omn. iud.* quem secuti sunt ibi omnes Decius *num* 43. Ias. *post num.* 24 Cagnolus *num.* 218. *& alii.*

Probamus autē nostram conclusionem principalem ex omnibus instrumentis venditionum, pignorationum, redemptionum, transactionum & conuentionum superius commemoratarum in prima quæstione, ex quibus probauimus summum ius gladii Principi vtriusque B. competere. Ex his enim instrumentis apparent confessiones, enunciationes & narrationes geminatæ, iteratæ, antiquæ, & claræ, quod merum imperium & summum ius gladii competat Principi vtriusq; B. simplex autem atque inferior iurisdictio Archiepiscopo. Ex istis fundatissima nobis videtur intentio B. Ducis, cōiungendo ea, quæ ex iuris fontibus adduximus, ad ostendendum, hæc instrumenta & conuentiones ac transactiones probare & fidem facere, quæ idcirco hic repetenda iterum nō putamus. In illis transactionibus & placitis simpliciter pronunciatum reperimus, quod in castro Matseæ competat ius summum gladii Duci ac Principi vtriusque B. non autem nuda quædam executio, absque vllis compendiis & commodis. Item reperimus Archiepiscopo competere nudam ac simplicem inferiorem iurisdictionem, non autem ius gladii & meri imperii, excepta executione.

Et quidem si Archiepiscopus habuisset omnem iurisdictionem excepta exequendi potesta..., non fuisset dictum in instrumētis emptionum, quod ius gladii venditum fuisset apud vtriusq... B. Principem existentis, sed ius exequendi.

Deinde non est verisimile eum empturum fuisse tanta pecuniarum summa illud ius tātum exequendi, si cætera commoda habebat ad iurisdictionem supremam pertinentia.

Verba igitur instrumentorum quæ diximus satis luculenter docēt, simpliciter & absolute, non autem restricto & limitato modo merū imperium esse penes Ducem vtriusque B. Nam verba intelligi debent in potentiori significatu. *l.* 1. §. 1. *ff. si ager vectig. vel emphyt. pet.* & ibi Gl. & Dd. *l.* 2. §. *biduum. ff. quando appell. sit.* Potentior autem significatus est, vt merum imperium proprie & simpliciter importent, non autem improprie & restricte quoad executionem tantum.

Quibus sic stantibus non obstant ea, quæ in contrarium adduximus. Nam quod attinet ad primum argumentum ex transactione scilicet anni 1530. respōdemus ex ea non recte inferri, vtriusq; B. ducem habere ius gladii in dicto castro Matseę limitato modo ac restricto. Etenim in ea transactione exprimuntur ac enumerantur casus aliqui, super quibus controuersia & dubitatio potuit oriri, & iis enumeratis sic deciditur, vt aliqui ex enumeratis ad ius gladii pertinere dicantur & sic ad iurisdictionē Ducis vtriusque B. aliqui vero ad simplicem iurisdictionem & sic ad Archiepiscopum. Vnde illa clausula generalis non est ita accipienda quasi exceptis casibus expressis qui ad merum imperium pertinere decidūtur, in omnibus aliis casibus etiam ibi non expressis iurisdictionem solus habeat Arciepiscopus: sed ita est intelligenda illa clausula, vt casuum enumeratorum cognitio tantū ad Archiepiscopi pertineat iurisdictionem, exceptis illis casibus qui ad merum imperium spectare cōmuni voto iudicati sunt. Verba enim generalia transactionis restringuntur ad rem & causam de qua erat controuersia, non ad aliam. *l. si de certare. C. de transact.* & clausula generalis sequens † re- 38
stringitur ad rem & causam prius specificatam, *l. legatorum* §. 1. & ibi Bart. *de leg.* 2. *l. si ex plurib. ff. de solut. l. si ita quis.* §. *vlt ff. de verb oblig.* Bartol. *in l. quæsitum.* §. .. *ff. de fundo instructo &c.* Bald. *in l. pactū.* 149 *C. de collatio.* late Iason *in d. l. si de certa re. n.* 1. 2. *C. de transact*

Non obstat id quod dicebatur, iudicibus Archiepiscopi competere etiam in criminalibus capturam & detentionem personæ & delicti cognitionem, & consequenter etiam definitionem causarum & sententiam & sic totam iurisdictionem criminalem, excepta executione.

Nam quod attinet ad capturam illa competit ad effectum custodiæ & non punitionis, consequenter non est meri imperii sicuti supra diximus ex Bartolo & aliis *in d. l. imperium ff. de iurisd. omn. iud.* & non simpliciter & absolute competit, sed tantū vbi delictum nō est probatum: quo casu & si competat ius officialibus reos detinendi, donec de delicto probatum sit, non tamen sequitur eos habere ius etiam sentētiam proferendi & reliquam omnem iurisdictionem excepta executione.

Et si enim controuersia sit maxima inter Doctores, vtrum is, qui habet ius de causa cognoscendi, habeat etiam ius pronunciandi ac definiendi, crebrior tamen & verior est eorum sentētia, qui dixerunt, cognitionem à † definitione differre, *vt in auth. ad hæc.* 39
C de iudiciis. & in c. causam quæ. de rescriptis. & ideo data potestate cognoscendi, non † videri datam pote- 40
statem iudicandi & definiendi, ita docet Glos. *in l. qui procuratorem ff. de procur.* Bart. Bald. Castr. & Cuman. *in l. à Diuo pio. ff. de re iudi.* & ibi etiam Alexan. *n.* 18 *in fi.* & Zasius *nu.* 6. Abbas Panorm. *in c. cum super. n* 8. *de causa poss. & propriet.* Menoch. qui alios citat, & hanc veriorem & crebriorem sententiam testatur eamque late & docte tutatur *de arbitr. iudic. q.* 37. *n.* 17. & dicit Paulus Castr. *in l.* 1. *C. si contra ius vel vtil. publ.* ita obseruari in curia Romana, quæ propterea committere solet causam cognoscēdam & fine debito terminandam, alias si solum committeret causam cognoscendam, non posset eam definire delegatus, sed deberet Pontifici referre, *vt in auth. ad hæc C de iudiciis.* Similiter dicit idem Paul. Castr. *in d. l. à Diuo pio* cam consuetudinem introductam esse, vt cum causæ committuntur, signatura dicat. Audiat talis & iustitiam faciat, quod si diceretur Audiat simpliciter, nō posset causam definire sed deberet referre deleganti, vt per eum. Et idem in Camera Imperiali iudicatum fuisse, vbi non à lege sed ab homine mandata est causæ cognitio, quæ fuit Io. Andr. distinctio testatur Ioachim. Mynsinger. *cent.* 4. *obseruat. Cameræ Imperialis. obser.* 93.

Sed in hac specie nostra versamur extra omnem controuersiam, quia, vt ex dicta transactione patet in illis casibus in quibus delictum non est notorium, iudex S. potestatem habet inquirendi & inuestigandi, atque adeo cognoscendi, quoad delictorum probationem tantū, facta vero delicti probatione ab vlteriori causæ processu abstinere debet & iudex vtriusque B. iudicare & definire causam debet: & sic nos versamur in eo casu, quo cognitio delicti & causæ tantum concessa est. Vnde eo in casu nulla est controuersia inter Dd. Constat enim inter omnes, concessa potestate cognoscendi taxatiue, nō includi causæ definitionem, vt † post Speculat. declarat Bart. *in* 41
d. l. à Diuo pio. n. 11. *ff. de re iud.* Bald *in d. l. qui procuratorem. ff. de procura.* Menoch. *de arbitr. iud. q.* 37. *n.* 16.

Quin-

Quinimo in transactione facta anno 1493. inter memoratos principes illud inter alia continetur, quod si quis ob delictum capiatur intra triduum præsentari debeat præfecto vtriusq; B in N. Itaque super hoc nullius nobis videtur dubitationi locus.

Quod vero attinet ad obseruantiam secutam & consuetudinem, respondemus illam, si quæ tamen fuit eiusmodi, priuatam fuisse, & contra pacta & transactiones initas, & contra ius ac bonam fidem, atque idcirco ex ea non recte inferri posse ad declarationé pactorum & transactionum, sed verius ad contrauentionem & inobseruantiam. Nam duo sunt casus obseruandi ac distinguendi, aliquando enim verba contrahentium & paciscentium sunt dubia & obscura, & tunc declarantur ex obseruantia inter eos secuta: ita loquuntur omnia in contrario argumento allegata, & hic non est casus noster. Aliquando verba & pacta contrahentium sunt manifesta & clara, & vna pars non obseruat, vel contrauenit, vel agit quoquo modo contra conuenta, & hoc in casu nullum ius acquirit, imo vero cadere solet à iure suo *l. vlt. l. cum proponas. C. de pactis. & leges concordantes.* nec se præscriptione temporis tueri potest, vt mox dicemus, & hic est casus noster. Quare ad conuentorū declarationé nihil facit inobseruantia allegata. Quod igitur ex ea prætensa obseruantia non fuerit inducta præscriptio in fauorem Archiepiscopi, contra Ducem vtriusq; B duabus rationib. probatur, quæ sufficient ad diluendum illud arg. quod in contrariū adductū fuit.

Prima ratio est, quia aut Archiepiscopus allegat præscriptionem temporis ex persona sua, aut ex persona antecessorum suorum: si ex persona sua, docere debet de titulo iusto, item de possessione 40 annorū aut de possessione temporis immemorialis. Itaq; titulum ostendere debet per quem appareat sibi competere ius gladii, ac ea quæ ad merum imperium spectant in d. loco Macsee, excepta executione. Itē probare debet, se per annos 40 eo iure vsum esse. Sed nullum ex his probare potest. Non titulum quia non extat, nō tanti temporis possessionem, quia nec tam diu fuit Archiepiscopus. Quod vero hæc sint necessaria probatur ex cōmuni Dd. sententia: cum enim agunt doctores vtrum merum imperium præscribi possit, distinguunt in hunc modū. Aut agitur de pręscribendo † mero imperio aduersus aliquem princi-
42
pem, cui iure competit, & tunc requiritur titulus iustus & possessio 40. annorum, aut tempus excedens hominum memoriam, absque titulo. Aut agitur de præscribendo mero imperio aduersus priuatū & inferiorem, & tunc sufficit ordinarium tempus pręscriptionis. Ita ex communi omnium sententia docet Couar. quem vnum pro omnib. allegasse sufficiat *in commentariis c. possessor malæ fidei. de reg. iu. lib. 6 in 2. parte: §. 3 post nu. 3. 4.* Sed in casu nostro merum imperium iure competit Duci vtriusq; B qui Princeps est, vt supra ostensum est. ergo Archiepiscopus aduersus illū præscriptionem allegare non potest ex persona sua.

Imo vero nec allegare potest ex persona sua se id ius meri imperii pręscripsisse ordinario tempore pręscriptionis, scilicet 10 annorū inter præsentes, & 20. inter absentes, cum titulo & bona fide vel 30. annorū absq; titulo, quia titulū non habet, nec tam diu scilicet 20 annorū spatio fuit Episcopus, & multo minus 30 annorū. Sin autē allegat pręscriptionē ex persona antecessorū, eum declarare oportet, ex quorū persona eam præscriptionem secutam esse velit, si ex persona antecessorū qui conuentiones & transactiones istas inierunt, & emerunt ius gladii vel pignori acceperunt à Ducib. vtriusq; B. allegat præscriptioné obtinere nō potest, quia ipsi fuerunt in mala fide, vtpote scientes ius gladii ad vtramq; B pertinere: quo casu quando mala fides subest, nullo tempore currit præscriptio, *vt in c. vlt. de præscrip.* etiam per millia nullium annorum, vt tradit late Crau. *in cons.* 146. Et hinc est vt licet doctores cōmuniter admittant successoré in dignitate & prælatura, ex persona sua præscribere posse si sit in bona fide, licet eius antecessores fuerint in mala fide, negant tamen eum adiuuari posse ex téporis præscriptione † suorū antecessorū qui fuerunt 43
in mala fide, atq; adeo vti accessione possessionis eorū cui succedunt, vt tradit Gl. *in c. aura de iure patrona. & in c. de quar. & d. præscrip.* & ibi Abb. & Felin. ... *in c. possessor malæ fi. lei in 2 parte relectionis § 9 post n. 6.* Idem docet Balb. *de præscrip. in 2. par. 5 par. arti. quæst. 12 n. 15.*

Si pręscriptionem allegat ex persona aliorum antecessorum, qui non fuerunt in mala fide, adhuc docere debet de titulo & quadragenarii temporis præscriptione aut de temporis immemorialis possessione, quia vt iam dictum est, merum imperium aliter præscribi non potest, sed vt doceat de tempore quadragenario, nunquam docebit de titulo. Multo minus de tempore immemoriali, quoniam à tempore transactionum nōdum est lapsum tantum tempus, pręsertim à tempore transactionis, anni 1527. & 1530.

Secunda est ratio quia dato, nunquam tamen concesso, quod aliqua subesset præscriptio, nihilominus aduersus illam restituendus esset Seren. Princeps ac Dux vtriusq; B. ex † capite iustæ & probabi- 44
lis ignorantiæ eorum, quæ ab antecessoribus suis gesta fuere cum Archiepiscopis S. iuxta reg. *leg. qui in alterius. ff. de reg. iuris.* Restitutionem autem competere in integrū aduersus præscriptionem longissimi temporis ex capite ignorantiæ iustæ & probabilis, qualis est in herede & successore, patet † ex com- 45
muniori doctorum sententia, quæ seruatur de consuetudine, vt late tradit Stortius Oddus *de restit. in integrum. quæst.* 90.

Ad vltimum argumentum quo dicebatur, ex non vsu per spatium annorū triginta, amissum censeri ius gladii ac iurisdictionis huius summæ, respondemus, illud nihil obstare.

In primis, quia non constat an id verum sit: dato enim quod iura meri imperii ab annis triginta non exercuerit vtriusq; B. Dux in dicto castro, non concesso tamen, non propterea id obstat, nisi probentur duo coniunctim. Primum quod ipse Dux vtriusque B. sciuerit illud ius sibi cōpetere. Secundo quod casus euenerint ad merum imperium pertinentes, eodem duce vtriusque B. sciente, & negligente eos cognoscere & tractare iuxta iura sibi competentia, & quidem per spatium annorū 30. quæ duo probari non posse credimus. vnde ignorantia iuris cōpetentis & negligentia atq; ignorantia facti officialium & præfectorum Ducis vtriusq; B. opitulari nō debet Archiepiscopo, argumento. *l. & Atticilinus ff. de ser. rusti. prædior.* quam citauit Glo. *in l. si partem. § 1. in verbo, non vtendo. ff. quemad. no. ser. amitt.* Ignorantia enim iuris competentis † est iusta causa restitutionis, vt dictum 46
est supra, & adde in confirmationem nōtata per And. Geil. *lib. 1. pract. obser. cap. 19. n. 18 19.*

Præterea allegata in contrarium locum habent in iure cohærente personæ, quo nunquam vsus est per spatium annor. 30. is, cui cōpetit, sicuti declarat Corneus *in cons. in contra allegato.* † † † & oppignorarent Archiepiscopis S vt ex instrumentis supra recensitis liquido constat, & de secunda quæstione hactenus.

Tertia est quæstio, quia multa bona sunt quæ nõ pertinent ad ditionem Matseæ, sed præfecturis ac iudiciis vtriusq; B. subiecta sunt, quia tamen pensio de illis redditur castro Matseæ, Archiepiscopus omnem iurisdictionem in illis exercet, an iure hoc faciat & illi concedendum sit.

Hæc postrema quæstio visa est nobis satis difficilis ac dubia. Etenim quod Archiepiscopo nulla prorsus iurisdictio in illis locis competere possit satis luculenter ex ipso quæstionis propositę tenore probatur, quia dicitur eiusmodi loca siue bona non pertinere ad ditionem Matseæ, sed præfecturis & iudiciis vtriusque B. subiecta esse, atque sic in vtraque B. esse, vnde cum sint extra territorium & ditionem Archiepiscopi, manifesteq; B. ducatui ac dominio subdita nõ videbatur vllũ prorsus Archiepiscopo ius cõpetere *iuxta l. vlt. ff. de iu. om. iud.* & alias tritas iuris regulas.

Rursus quia narratur Archiepiscopum exercere ibi omnem iurisdictionem eo quod loca illa pensionem soluant castro Matseæ, & ita per annos 70. exercuisse à die quo secuta fuit redemptio horum bonorum alias venditorum & oppignoratorum à Ducibus vtriusque B. Archiepiscopis Salisburgensibus. Videbatur nobis respondendum pro ipso Archiepiscopo adducendo ea quę supra dicta sunt. Nam si castrum ad eum spectet etiam bona castro subiecta ad eundem spectare videntur. Quod autem sint sub ditione castri Matseæ, probatur ex eo, quod soluunt illi pensionem, vt in facto narratur. Iuris autem est explorati aliquem locum pręsumi, esse subiectum alterius iurisdictioni, ac ditioni, ex eo, quod pendit illi collectam, tributum, pensionem, & similia. *l. 3. ibi, sub qua vicus ille vel possessio. C. de nat. lib.* & ibi Baldus, late Iacobus Menochius *de retinen. possess. remedio 3. n. 581.* & latius Iosephus Mascardus *lib. 1. de probationib. conclus. 271. & lib. 2. conclus. 946.*

Cęterum omnibus mature pensatis ac discussis, in eam venimus sententiam memoratum Archiepiscopum iuste contendere posse se in iis bonis simplicem & inferiorem iurisdictionem habere, merum autem imperium & ius gladii atque adeo supremam iurisdictionem ad vtriusque B. ducem pertinere.

Quod si Dux vtriusque B. ostendere ac probare possit, ea bona prorsus separata esse à ditione Matseæ, tametsi soluant ei pensionẽ, prout in ipsa quæstione proposita narratur, tunc putamus nullã prorsus Archiepiscopo in his bonis cõpetere iurisdictionem nec summam nec infimam, sed omnem iurisdictionem ad vtriusque B. ducem spectare.

Nunc singulas cõclusionis nostræ particulas probabimus, deinde confutabimus argumenta in contrarium.

Quod igitur Archiepiscopo competat in iis bonis iurisdictio inferior sic probatur. Archiepiscopo competit inferior ac simplex iurisdictio in castro Matseæ, ergo competit in omni loco & in omnib. bonis subiectis ditioni Matseæ, & quod quidem consequens manifestum est, sicut & antecedens est iam probatum, ex dictis & conclusis in prima quæstione. Sed bona de quibus agitur sunt subiecta ditioni Matseæ, ergo & in eiusmodi bonis Archiepiscopus iurisdictionem habet inferiorem.

Quod sint subiecta ditioni Matseæ probatur ex eo quod pendunt illi collectam & onera subeunt à castro Matseæ imposita, hæc est enim bona iuris regula in iudicando, aliquem locũ alterius iurisdictioni & dominio subiacere si pręstet ei pensionem, oneraq; imposita subeat, vt supra dictum est.

Confirmantur autem hæc omnia ex instrumento venditionis anno 1431. ab H. vtriusq; B. Duce factæ Archiepiscopo S. recipienti pro se & successorib. suis. Etenim in eo habetur venditũ fuisse ius gladii summum quemadmodũ ipse Princeps vtriusq; B. habuit & habere debuit in omnib. personis & bonis in quib. Archiepiscopus antea habebat simplicẽ iurisdictionem & specialiter in omnib. ditionis Matseæ bonis vbicunq; locorum sita fuerint.

Ex hoc. n. instrumento valde antiquo, ex quo deinde reliqua regulam accipiunt & intelliguntur, satis manifeste colligitur Archiepiscopum iurisdictionem simplicem habuisse in castro Matseæ, & in omnib. bonis pertinentib. ad ditionem eiusdem castri Matseę. Vnde si bona, de quibus in quæstione, sint ex iis, quæ pertinent ad ditionem Matseę, hoc est, ex iis bonis quæ in venditione comprehensa sunt, satis concludenter inferri nobis videtur in iis competere Archiepiscopo simplicem iurisdictionem. Neq; hic repetenda putamus, quę supra deduximus ad probandum ex iurisconsultorum traditionib. eiusmodi instrumẽtum fidem facere & probare in hac causa. sicut enim probat in fauorem ducis vtriusq; B. quoad ius gladii ita probat etiam in fauorem Archiepiscopi quoad simplicem iurisdictionem.

Diximus secundo in iis bonis merũ imperiũ ac supremã iurisdictionẽ Archiepiscopo nõ cõpetere nec cõcedendã esse, quoniã pertinet ad vtriusq; B. ducẽ. Hæc assertio sic probatur. In castro Matseæ Archiepiscopus nõ habet ius gladii, nec summã iurisdictionem, sed tantummodo simplicẽ & inferiorẽ iurisdictionẽ, merumq; ipsum imperiũ ad Ducem vtriusq; B. pertinet, ergo in omnib. locis pertinentib. ad ditionem ac dominiũ Matseę, idem erit dicendũ nimirũ Archiepiscopũ non habere ius gladii, sed tantũ simplicem iurisdictionẽ merum que imperium ac supremam iurisdictionẽ penes Ducem vtriusq; B. residere.

Consequentia valde manifesta est, nec ꝓbatione indiget, antecedens vero iam ꝓbatum est superius in prima quæstione, in qua docuimus ex iis quæ tum ex facto, tum ex iure resultant ius gladii summamq; iurisdictionẽ in d. castro Matseę duci vtriusq; B. cõpetere, Archiepiscopo aũt simplicem iurisdictionem. Ea huc transferenda & repetenda non putauimus, cum facile ex prima quæstione haberi possint.

Tertio diximus nullã prorsus in memoratis bonis Archiepiscopo competere iurisdictionem si doceri possit ex parte vtriusq; B bona de quib. in quæstione fit mẽtio separata prorsus esse à ditione castri Matseę licet. n. solutio collectarũ & pensionũ arguat subiectionẽ iurisdictionis, vt ex allegatis patet: non tamen sequitur, contrariũ probari non posse, quia fieri potest aliquo speciali casu cõtra iuris regulas, vt aliquis subeat onera vel ex cõuentione vel aliter in vno loco, & iurisdictioni alterius subiacent. Illam non putamus sufficientẽ ad hoc probationẽ, quod bona ista siue loca sint in vtraq; B. licet. n. in vtraq; B sint, potest tamen hoc contingere, vt in consequentiã castri Matseę Archiepisc. in eis habeat iurisdictionẽ, multa enim in consequentiã permittuntur, quæ principaliter non concederentur *l. 1. ff. de autho. tuto.*

Quarto diximus nos argumenta in contrariũ cõfutaturos. Itaq; vt id etiã exequamur, quod attinet ad arg. primum pro Principe vtriusq; B. quo dicebatur, bona ista esse in vtraque B. ergo Archiepiscopus non potest in iis habere iurisdictionẽ vllam dicimus hoc non obstare quia potest habere simplicem iurisdictionem, sicut & in castro Matseæ & hoc in conse-

quentiam

quentiam iurisdictionis simplicis quam in dicto castro habet vt dictum est.

Quod vero attinet ad argumenta Archiepiscopi dicimus illa non probare respectu meri imperii & summæ iurisdictionis, sed tātum respectu inferioris ac simplicis iurisdictionis, & huc applicari possunt omnia, quæ supra in prima quæstione diximus in solutione argumentorum.

Quod deniq; ad præscriptionis exceptionem 70. annorum attinet, iam respōsum est in solutione penultimi argumenti pro Archiepiscopo formati, in secunda quæstione. Summa responsionis hæc est, aut Archiepiscopus dicit se iura ista præscripsisse ex persona propria, & probare debet titulum, & quadragenarii temporis possessionem, aut possessionem tanti temporis quod hominum memoriā excedat, vt docet Couuar. *in c. possessor malæ fidei. § 3. de reg. iuris. lib. 6.* Nullum ex his probare potest: nō titulum, quia nullum habet, respectu iuris gladii ac supremæ iurisdictionis: non possessionem 40. annorum. & multo minus immemorialis temporis, quia nec ipse tot annos fuit Archiepiscopus nec tot annos natus est.

Aut dicit se præscripsisse hæc iura ex persona suorum antecessorum, & tunc aut ex persona illorū qui emerunt ab H & aliis Ducib. vtriusq; B. hæc iura, &
47 non potest, quia ii fuerunt in † mala fide, scientes hæc iura ad vtramq; B. pertinere *c. fin. de præscrip.* Crauetta *d. cons. 146.* aut ex persona aliorum antecessorum qui fuerunt post redemptionem factam ab annis iam 70. elapsis: & non potest, quia ii antecessores non habuerunt titulum, respectu huius iuris gladii, ac meri imperii, qui titul⁹ omnino requiritur ad prę-
48 scribendum † merum imperiū & etiā iurisdictionem contra Principem, cui de iure cōpetit, licet secus sit contra priuatum vt docet Couuar. *loco nuperrime citato. vbi* adducit tex. *in c. 1. de præscrip. lib. 6.* & multas doctorum authoritates. Et dato, quod præscriptio legitime cucurrisset, quod tamen dici nullo modo potest, ex capite tamen probabilis ignorantiæ concedenda esset Principi vtriusq; B. restitutio, cum in ius alterius successerit, vt supra conclusimus ex Oddo *de restitut. in integrum.* qui citat innumeras fere authoritates, & dicit hanc esse communiorem sententiam, vt in tota illa quæstione 90.

Andreas Fachineus nomine collegii Ingolstadiensis.

Pro Illustrissimo Principe N.

Argumentum Consilii XCIX.

De iure venandi an possit prohiberi suis subditis: de iustis causis & pœnis: De iis qui emunt ab istis carnes ferinas: de receptatoribus eorum: de iis qui auxilium eis præstant.

Summaria.

1 *Princeps loquitur per os Dei cuius delegatus est.*
2 *Edicta Principum habent vim legis.*
3 *Princeps statuere non potest contra ea quæ sunt iuris naturalis vel gentium.*
4 *Iustitia positiua tolli potest, nō autem iustitia naturalis.*
5 *Venatio omnibus est permissa.*
6 *Qui concedit consequens, concedere videtur antecedens.*
7 *Venationem omnibus esse permissam late probatur.*
8 *Iure ciuili nemo potest prohiberi venari.*
9 *Nec iure canonico exceptis clericis.*
10 *Princeps suis subditis venationem prohibere non potest.*
11 *Consuetudo est irrationabilis quæ iuri naturali repugnat.*
12 *Princeps prohibere venationem potest ex causa.*
13 *Princeps potest ius naturale vel gentium ex causa limitare.*
14 *Consuetudo Germaniæ Principibus dat facultatem venandi & cæteris prohibendi.*
15 *Consuetudo prohibendi venationes valet.*
16 *Valet argumentum de piscatione ad venationem.*
17 *Imperator specialiter concedere solet Principibus Imperii ius venandi & foresta.*
18 *Quasi possessio venationes prohibendi qualiter acquiratur.*
19 *Consuetudinis immemorialis vis.*
20 *Iusta causa prohibendi venationes.*
21 *Alia iusta causa.*
22 *Alia.*
23 *Principes inferiores omnia possunt in suis ditionibus quæ Imperator in suo imperio.*
24 *Refellitur opinio Crauettæ quod Princeps venationem prohibere non possit.*
25 *Pœna varia venantium contra edicta Principum.*
26 *Non est iusta pœna mortis in istos.*
27 *Pœna vbi est arbitraria nō potest imponi pœna mortis.*
28 *Venantibus contra prohibitionem Principū pœna mutilationis membri imponi non potest pro prima vice.*
29 *Membri abscissio grauissima pœna.*
30 *Iudex non potest arbitrari pœnam mutilationis membri secundum Alexand. sed contra.*
31 *Venantibus pœna carceris vel pecuniaria imponi potest.*
32 *Principi non obediens quomodo puniendus.*
33 *Venantibus qui sæpe contraueniunt grauior pœna infligenda.*
34 *Semel punitus grauius punitur si reincidat.*
35 *Quando sit augenda pœna ob frequentationem delicti.*
36 *Pœna augenda propter consuetudinem delinquendi.*
37 *Pœna mortis quando possit imponi venantibus.*
38 *Furti etiam magni pœna non est mortis.*
39 *Furtum quid.*
40 *Emens scienter rem furtiuam tenetur pœna furti.*
41 *Pœna in edicto si exprimatur illa est imponenda.*
42 *Pœna receptatorum quæ.*
43 *Et de eodem.*
44 *Et quod sit arbitraria.*
45 *Conciliantur opiniones.*
46 *Receptans ignoranter delinquentem non punitur.*
47 *Mitius punitur receptans consanguineum.*
48 *Auxilium præstans post commissum delictum quomodo puniendus.*
49 *Auxilium qualiter puniendum.*
50 *De eo qui opem præstat ad delictum committendum.*

Facti species.

Graves sane & perquam arduæ iuris quæstiones nobis propositæ fuerunt ab Illustriss. Principe N. Propositum est enim, vt de iure venandi, ac venationes prohibēdi dissceramus. Deinde discutiamus, qualiter in prędatores ferarum animaduertendum sit. Tertio qualiter ii puniendi sint, qui carnes ferinas & pelles seu cutes ceruorum à deprædatorib. istis emunt. Quarto qualiter puniendi sint receptatores deprædantium feras. nec non ii, qui eosdē monent vt aufugiant, ne ab offici. lib. iustitiæ capiantur. Ac postremo qualiter ii puniendi sint, qui puluerem tormentarium, ac plumbum pro iis deprędatorib. in oppidis & ciuitatib. emunt, & in syluas afferunt.

Christi nomine inuocato.

Quod attinet ad primam quæstionem, videbatur nobis prima (vt aiunt) fronte memorato Il-

lustriss. Principi nullum ius competere prohibendi
subditis suis ferarum venationem, in syluis & nemo-
ribus publicis, aut propriis ipsorum, aut aliorũ sub-
ditorum, atq; adeo in agris & campis in quib. vena-
tio exerceri solet. Consequenterq; edictũ eius pro-
hibitoriũ non valere, in eo enim continetur, ne quis
in posterum, qui venandi ius non habet, feris insidie-
tur, easq; quouis modo capiat, vel scloppetis (vt vo-
cant) interficiat, sub grauissima & irremissibili pœna,
tam in corpore quam in fama & bonis. Siue enim in-
spiciamus ius diuinũ, quod habetur ex sacris literis,
siue ius naturale & gentium, siue ius ciuile & canoni-
cum omnib. permissum videtur venari feras bestias,
& animalia capere, & occidere. Ex quo sequitur non
valere principis alicuius etiam supremi prohibitio-
nem. Non enim princeps potest, aut debet cõtra tot
ac tantas leges edicta promulgare, ac statuere.

1 Non debet, quia princeps dicitur loqui per † os
Dei, à quo delegatus est iudex in terris, vt inquit Iu-
stinianus *in auth de heredib. & falcid. in principio*. Vnde
quemadmodum Deus est iustitiæ amans, ita & prin-
ceps esse debet. Hinc dicitur digna vox est maiestate
regnantis principem legibus se allegatum profiteri.
l. digna vox. C. de legibus.

2 Non potest, quia edictum principis † vim habet
legis. *l. 1. ff. de constitut. principum.* lex autem debet esse
iusta, honesta, possibilis secundum naturam & con-
suetudinem patriæ, loco temporiq; conueniens. *c. e-
rit autem lex. distinct. 4.* & lex dicitur sanctio iusta iu-
bens honesta & prohibens contraria. *l. 2. ff. de legibus.*
sed si contra memoratas leges est, quomodo iusta es-
3 se potest? Et quod princeps statuere † non possit cõ-
tra ea quæ iuris naturalis vel gentium sunt, commu-
nis est omnium sententia. *in l. vlt. c. si contra ius vel vtili.
publ. & in c. quæ in ecclesiarũ. de constit. ex §. sed naturalia. in-
stit. de iure natu. gent. & ciuili. & ex clem. pastoralis. §. cete-
rum. de re iudic.* & ex aliis locis concordantibus. Hinc
Baldus dixit *in l. vnica. col. 3. C. de his quæ pœnæ nomi.* iusti-
4 tiam positiuam † vel municipalem tolli posse, sed
non iustitiam naturalem & necessariam, quia est cõ-
stans & perpetua, & Abb. *in c. per tuas. col. 11. de arbitris.*
quem sequitur Felin *in c. 1 col. 7. de constit.* Principem
dispensare non posse contra ius positiuum, quando
est fundatum in ratione naturali vel diuina. Hæc &
alia in eandem sententiam allegat Rola. *in cons. 9. in
principio. lib. 2.* & quidem in proposito quæstionis no-
stræ de potestate principis prohibendi venationes.

Quod autem venatio omnibus iure diuino ex sa-
cris literis permissa sit, patet *Genesis 1.* vbi dicitur. Fa-
ciamus hominem ad imaginem & similitudinẽ no-
5 stram, & præsit † piscibus maris, & volatilibus cœli,
& bestiis vniuersis, omniq; reptili quod mouetur in
terra, *& Genesis 9.* Crescite & multiplicamini, & re-
plete terram, terror vester ac tremor sit super cuncta
animalia terræ, & super omnes volucres cœli, cum
vniuersis quæ mouentur super terram, omnes pisces
maris manui vestræ traditi sunt. Concessit etiã Deus
post diluuium esum carnium homini, vt habetur *eo-
dem cap. 9.* Vnde censetur etiam concessisse vt venan-
do capi valeant, qui enim concedit consequens, vi-
6 detur † cõcedere id quod illud antecedit necessario
ita argumẽtatur Natta in ꝓposito nostro *cõs. 604. n. 6.*

Quod autem venatio sit omnibus de iure natura-
li ac gentium permissa, author est inprimis Aristote-
les in politicis, dum scribit, homini naturaliter † con-
cessum esse dominatum in beluas, ideoq; tanquam
dominio suo subiectas capere eas posse venãdo. De-
inde Caius noster *in l. 1. ff. de acq. rer. dom.* Quarundam
(inquit) rerum dominium nanciscimur iure gentiũ,
quod ratione naturali inter omnes gentes peræque
seruatur, & post pauca, omnia igitur animalia, quæ
terra, mari, cœlo capiuntur, id est feræ, bestiæ, vo-
lucres, pisces capientium fiunt. Tertio naturalis ra-
tio quam adfert idem *in l. 3. ff. eod tit* quod enim nul-
lius est, inquit, id ratione naturali occupanti conce-
ditur, nec interest quod ad feras, bestias & volucres,
vtrum in suo quisq; fundo capiat an in alieno. Quar-
to Imperator Iustinianus *in § feræ igitur. inst. de rer. di-
ui.* Feræ igitur bestiæ (ait) & volucres & pisces & o-
mnia animalia quę mari, cœlo & terra nascuntur, sta-
tim atq; ab aliquo capta fuerint, iure gentium illius
esse incipiunt. Postremo Isidorus relatus *in c. ius na-
turale. 1. distinct.*

Iure autem † ciuili permissam esse venationem, & 8
neminem prohiberi posse venari author est Vlpia-
nus *in l. iniuriarum. 13. §. vlt. ff. de iniuriis.* in hæc verba
scribens, *& sæpissime rescriptum est, non posse quem pisca-
ri prohiberi*, sed nec *aucupari, nisi quod ingredi quis agrum
alienum prohiberi potest.* Imo ius ciuile tantum tribuit
venationibus ferarum, vt quamuis non liceat tela &
arma domi, in agro villaue congerere, nec seruos aut
liberos homines in armis habere, id tamen in vsum
venationis concedatur, vt *in l. 1. & in l. qui dolo. §. ex-
ceptus est. ff. ad leg. Iuliam. de vi publica.*

Iure autem canonico satis † constat non esse pro- 9
hibitam venationem nisi clericis, Episcopis, & certis
aliis personis, *vt in titul. de clerico, venatore & alibi*, cle-
ricis enim prohibetur multis rationibus quas refert
Raynaldus Corsus *lib. 3. indagationum iuris. cap. 14.* &
Iacob. Menoch. *de arbitr. iudi. casu 413.* vbi illam inter
cæteras adfert, quia si concederetur clericis venari,
eisdem liceret canes, accipitres, & his similia anima-
lia alere. Non est autem bonum sumere panem fi-
liorum, id est, pauperum, & dare canibus iuxta illud
euangelicum. Cæterum laicis iure canonico permis-
sam esse venationem ob necessitatem, pro pellibus
& carnibus, diserte tradit Glossa *in c. qui venatoribus.
86. distinct.* & tradit Iacobus Cachiotus inter consilia
Io Francisci Purpurati *in cons. 534. n. 4. lib. 2.* idem sen-
tit Iacob. Menoch. *loco proxime citato.* postquam enim
docuit venationem esse permissam & à natura esse,
authore Diuo Thoma *2. 2. quæst. 64. art. 1.* & Sylue-
stro Prierio. *in summa. in verb. venatio.* subdit *n. 12.* ra-
tione personæ iure canonico prohibitam esse Epi-
scopis, clericis & aliis similibus.

Denique iuris vtriusque interpretum ea videtur
cõmunis sententia, vt † venandi facultas à principe 10
interdici non possit subditis, eo quod iure naturali
ac gentium, aliisq; legibus supradictis permissa esse
videatur.

Inprimis extat solennis hac de re decisio Antonii
Butrii, Hostiensis, & Ioannis Andreæ, *in c. non est. de
decimis.* vbi dicunt statutum à D. aliquo factũ, vt nul-
lus possit venari in tali loco, non valere.

II. Idem respondit Philippus Decius *in cons. 197.
sub n. 1.* vbi refert & sequitur supradictos Anto Butr.
Hostien. & Io. And *in cons. 271. nu. 1.* vtiturq; eodem
argumento, quod ius venandi iure gentium liberum
sit, consequenter id princeps tollere non possit.

III. Idem respõdit late Iason *in cons. 119. lib. 4* vbi
dicit hanc esse cõmunem opinionem doctorum.

IV. Augustinus Berous *in cons. 81. n. 30. lib. 1.* vbi
adducit ex supradictis aliquos, & aliquid in confir-
mationem eiusdem sententiæ.

V. Thomas Grammaticus *decis. 67. n. 9.* vbi addu-
cit eandem rationem, ex supradictis aliquos citat, &

citat alios, & respondet ad contraria argumenta.

VI. Matthæus de Afflictis *in constitutione regni, scire volumus, in tertio libro.*

VII. Iacobinus de S. Georgio *in tractatu feudorum, in verbo, & cum venationibus.*

VIII. Bartholomeus Chassaneus *in consuetudine Burgundiæ rub.* 13 §. 7. *n.* 4.

IX. Guilielmus de Benedictis *in c. Raynutius. in verbo, & vxorem nomine Adelasiam. in quinta decisione, nu.* 313. vbi dicit cum per magistrum aquarum & forestarum linguæ Occitanæ prohiberetur venatio, Regem Ludouicum XII. edicto perpetuo declarasse, omnib. venari fore permissum, præterquã in Garenis, & ceteris locis vetitus, de iure. Vnde permisit omnib. libere venari secundum formam iuris communis. Deinde *nu.* 336. subiungit Barones & dominos terrarum generaliter omnibus prohibere nõ posse venationem.

X. Stephanus Bertrandus *in cons.* 255. *n.* 8 *in primo vol pr. orum consiliorum.*

XI. Iac. Rebuf. prout ab omnibus passim citatur ad hoc, non enim videre eum licuit. *in l.* 1. *C. de venationi. ferarum lib.* 10. vbi limitat id non procedere in locis parietib. sepib. palis aut alia re septis & circundatis in quib. feræ bestiæ sint inclusæ, quia tunc videntur esse eiusdem D. cuius custodiam euadere non possent. *arg. l. naturalem. §. ceruos ff de acq. rer. domi.*

XII. Ægidius Bossius *in tit. de regalib. n.* 42. vbi loquitur de feudatariis ducis Mediolani, an possint facere proclamata, vt nemo capiat lepores, perdices, & huiusmodi animalia, & concludit non posse, quia id faciendo videntur subditis iniuriam facere, testaturque nonnunquam vidisse feudatarios talia proclamata facere, sed senatum id non tolerasse.

XIII. Rochus de Curte *in tract atu de consuetudine. fol.* 21. vbi dicit consuetudinem prohibentem venationem non valere, quia de iure naturali competit, vt *in c. ius naturale.* 1. *distinctione.*

XIV. Natta *in cons.* 375. vbi multos ex memoratis citat, adducitq; iura & rationes.

XV. Tiraquellus *in tractat. de nobilitate. cap.* 37. *nu.* 149. vbi dicit venationem prohiberi subditis non posse per Reges & alios principes. Sed proh dolor (inquit) nunc simplices atque infimi nobiles id sibi ius vendicant, imo verius vsurpant, scilicet venandi vbi libet. & suis subditis prohibendi, & quod deterrimum est morte mulctãt eos, qui venationi illis insciis aliquando vacauerunt latrunculatorib. nostris id muneris ipsis præstantibus, conniuentibus, aut quod potius crediderim, ignorantibus nostris principibus.

XVI. Rolan. à Valle *in cons.* 9. *lib.* 2. qui testatur hanc esse communem opinionem, & veram, ea ratione, quia licet Deus leges subiecerit principibus, non tamen subiecit ea, quæ sunt iuris gentium, prout est venatio secundum Bald. *in c.* 1. §. *finali. qui feudum dare possunt.* Nam potentius est inquit ius gentium, quam principatus, & Baldum sequitur Iason *in l. quo minus n.* 2. *ff. de fluminib. & cons.* 1. *in fin. lib.* 1.

XVII. Hieronymus Schiruffus *cons.* 1 *cent* 1.

XVIII. Laurentius Kirchoffius, *communium opinionum centuria* 4. *cap.* 99. vbi etiam alios citat, quos videre non licuit.

XIX Iacobus Cachiotus *inter consilia Ioannis Francisci Purpurati cons.* 534. *lib.* 2.

XX Ioannes Franciscus Purpuratus *subscribens consultationi supra proxime citata in consilio sequenti videlicet* 535. *eod. lib.* 2. & idem Purpuratus latius secundum eandem sententiam ex professo respondit *in cons.* 392. *lib.* 1. pro clamata Marchionis Saluziarum prohibentia venationem sub grauissima pœna tam corporali quam pecuniaria, non valere.

XXI Iacob. Menoch. *in cons.* 298. *nu.* 18. *lib.* 3. vbi multas citat ex dictis authoritatibus, subdens eã esse rationem, quia venari iure naturæ & gentiũ permissum est. Ea autem quæ iuris naturalis vel gentium sunt, princeps tollere non potest.

XXII. Francisc. Marc. *decis. delphi.* 530. *in* 1. *par. n* 16.

XXIII. Crauetta *in cons.* 945. *n* 6. *lib.* 5. sed longe copiosius *in cons.* 643. *lib.* 4. vbi respondit non valere edicta eiusmodi principum, prohibentia venationẽ, Et quod ex prohibitionibus ab eis factis non acquirunt quasi possessionem id faciendi. Vitiosa enim est (inquit) irrationabilisq; †cõsuetudo quę iuri naturali repugnat, vt per Aretin. *in cons.* 144. Ruinum *in consil.* 116. *n.* 8 *lib* 4. & alios, & idcirco nemo in tali vitiosa possessione defendi debet, vt *in l* 1. *cum seq ff. vti possid.* subditq; non aliter acquiri posse, quasi possessionem prohibendi venationem nisi populus consentiat, ita vt non sufficiat singulos consentire. nisi tanquam vniuersitatis homines in collegio id sciuerint, & approbauerint. Rursusq; dicit non induci quasi possessionem ex eo, quod aliqui contra prohibitionem venientes fuerint mulctati & puniti, nisi quo ad eos, qui sic mulctati fuerunt, non autem quo ad alios. Tandem subiicit hæc verba. Nõ obstat (inquit) iure communi remoto ex vsu temporis antiquissimi venationis ius principem sibi arrogare, & vendicare, atq; ideo facultate venandi subditis interdici: quoniam de facto id fieri superiora docent, in quibus monstratum habemus, sicut à iure naturali aut gentium venandi facultas est, ita à Principe eam adimi non posse, ex eo plane quod de facto aut iniuste fit, neque præscriptio induci, neq; consuetudo potest. De præscriptione apparet, quæ ex fide mala non inducitur. *c. finali. de præscrip. reg poss ssor mala fidei. de reg. iur. lib.* 6. Idque locum & in possessione temporis antiquissimi habere testatum habemus *in d. tract de antiq. tempo. part.* 4 *n.* 168. *& cons.* 146. quib Guido Papæ accedit *cons.* 91. *num.* 4. Ruin. *cons.* 118. *n* 13 *& n.* 17. *lib.* 4. & post aliquot alias allegationes Fides plane mala (inquit) hoc ipso arguitur, quod alienum venandi ius princeps esse non ignorat, id est, subditis etiam id competere iure naturali, aut gentium scit, ita vt solidum id vendicare non possit. *l. quæsitum. ff de acqu. rer. dom.* sic etiam mala fides contra dominum præsumitur qui indebite quid à subditis, & sine titulo exigit, & metu solutum à subditis creditur, & post paucas allegationes. Quid hic dicendum, (inquit) cum sub pœnis minime leuibus venandi iure subditis interdicitur? metum enim prohibitio id genus pœnalis infert, Bart. *in l. creditor. in fine. de solution.* cum aliis apud Doct. *in l. in omnibus causis n.* 5. *ff de reg. iur.* Neq; purgari temporis lapsu metus dicitur, causa metus semper perseuerante, id est, principis imperio. *c.* 1. *quod met. caus.* Bart. Bald. & alii *in l.* 2. *C. eod. tit.* Eadem ratione (inquit) ex actibus principis iniustis consuetudo non inducitur, quoniam impressio tum in eo præsumitur. Alber. *in l d. quib. ff de legib.* Deniq; post aliquot allegationes ait, atque vbi liberum esse principi id genus inhibitiones facere quispiam contendit, de plenitudine potestatis id ita actum necesse est intelligere, sed ex his induci consuetudo non solet, quæ iure speciali fiunt, Rota *decis.* 358. *Nota quod potest in antiquu.* Hactenus Crauetta.

XXIV. Et vltimo Ioan. Faber *in § flumina. inst. de rer. diuisio.* vbi dicit Imperatori, quia superiorem non

Nn 3 habet

habet, licere in fluminibus publicis piscationes prohibere. Principibus vero, puta Baronibus qui superiorem agnoscunt nõ licere, vnde idem de venationum prohibitione sentit, quia valet argumentum de piscatione ad venationem, vt dicetur infra, sequitur in terminis venationis Franciscus Zoanettus, *in rep. l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. n.* 182. Et idem sentit Couuar. *in relect. reg. peccatum. de reg. iur. part.* 2. § 8. vbi dicit inferiores principes, qui superiorem agnoscunt, non posse perpetuo prohibere venationes, sed ad tempus tantum.

Verum maturius ac diligẽtius re perpensa, discussa & examinata, in eam sententiam condescendimus, vt Illustriss. principi supradicto liceat venationem prohibere subditis suis, sub pœnis de quibus in edicto eius. Et quanquam multa iuris argumenta, multaq; doctorum authoritates in hanc sententiam nos induxerint, placet tamen omnia vnico syllogismo concludere, id enim sententiam nostram reddet longe clariorem, quam si aliter euagando procederemus.

Princeps potest ex causa iusta prohibere venationem subditis suis, sed Illust princeps antedictus iustã habet causam venationem prohibendi subditis: ergo eam prohibere potest, atq; vt ei subditi obtemperent, in consequentiam pœnam indicere & comminari, sicuti docet Imperator *in* §. 1. *in auth. de deposito & denunciatio. inquilinor.* ibi, *omnino enim oportet non solã d. illorum, &c.* Bald. *cons.* 367. *n.* 4. *lib.* 3.

Maior propositio quod scilicet princeps ex causa
12 iusta prohibere † venationem possit probatur *ex c. nemo rettia in tit. de pace tenenda & eius violatorib. in vsib. feud.* vbi Fridericus Imperator ita scribit, nemo retia sua, aut laqueos aut alia quælibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros, vel lupos capiendos. Communis est enim intellectus ac expositio illius textus, rubricæq; ac titulo conformis, qui Imperator paulo superius prohibuit delationẽ armorum, ne cui veniret in animum ea portare venandi gratia, idcirco venationem etiam prohibuisse, pacis scilicet publicæ seruandæ gratia. Etenim ex venatione oriri possunt rixæ, & contentiones cum prohibitum sit fundum alienum venandi gratia ingredi domino inuito *l. diuus Pius. ff. de serui. rusti. prædio. l.* 3. *ff. de acq. rer. domi* & is qui sic ingreditur, iniuriarum accusari & conueniri possit, *vt in l. iniuriarum.* §. *vlt. ff. de iniur.* sicuti explicat Iacobin. de S. Georgio *in tract. de feudis in verbo, & cum venationibus.* vnde communis est omnium sententia ex ea constitutione recte colligi, quod ex iusta causa à principe prohiberi venatio possit, quemadmodum ibi ex causa supra dicta ab Imperatore Friderico prohibetur, ita ibi notant Martinus Laudensis, & cæteri doctores, sicuti docet Didacus Couuar. *in relectione c. peccatum. de reg. iuris. part* 2 §. 8.

Eandem sentẽtiam quod venatio prohiberi possit ex iusta causa à principe amplexi sunt Iacob. Rebuffus *in l.* 1. *C de venation. ferar. lib.* 11. Stephanus Bertrandus *in cons.* 255. *lib.* 1. *n.* 8. Bartholomæus Chassaneus *in consuetudine Burgundiæ. rub.* 13. §. 7. Thomas Grammaticus *decis.* 67. Guilielmus de Benedictis *in c. Raynutius. de testam. in verbo, & vxorem nomine Adelasiam. num.* 899. Andreas Tiraquell. *in tracta. de nobilitate. cap.* 37. *num.* 140. Boerius *in consuetudine Bituricensi tit. de consuetud. prædior.* §. 5. *Glo. in c. qui venatoribus.* 86. *distinct.* & ibi Cardinalis à Turre cremata Caietanus *in tractatu* 17. *quæstionum cap.* 12. Io. Medina *de restitutione. quæstion. duodecima.* Dominicus Sotus *lib.* 4. *de iustit. & iure. quæst.* 6. *art.* 4. Syluester Prierius *in verbo, venatio.* Hos omnes refert & sequitur Couua. *loco proxime citato.* dicens ex his plures regias constitutiones ex variis causis prohibentes in locis publicis venationem iure, & rectitudine iustitiæ defendi. Atque in huius sententiæ confirmationem hæc notatu digna subiiciens.

Nam licet (inquit) iure naturæ omnia sint reipsa communia, possunt tamen à republica & principibus, qui eorum, quæ in nullius bonis sunt dispensationem habent, quædam priuatis ita concedi, vt in posterum ea priuata, non communia sint, §. *singulorum. inst. de rer. diui. l.* 1. *ff. de acquir. rer. domi.* Et sicut occupatio rerum quæ nullius sunt priuatim, iure naturali efficit illud quod prius commune erat proprium ipsius occupantis, ita ipsa respublica eiusue rector poterit, quæ cõmunia prius erant, nulliusque in bonis habebãtur, in priuatũ iure dominiũ transferre, iure siquidem naturali omnia fuere ab initio cõmunia, & tamen humana lege facta est rerum distinctio, inter priuatos, post quam distinctionem non licet cuiquam occupare distinctam rem, & alicui priuatim lege humana addictam, sicut eleganter tradit Corradus *tract. de contract. quæstio.* 10 *& sequentibus.* His accedit quod humana lex vel princeps facere potest, vt dominium rei priuatæ absque traditione transferatur in alterum, ipsius domini consensu, qui exigitur ad tollendam iniuriam *l. vlt. C. de sacrosanct. eccl.* Ergo earum rerum quæ nullius sunt, & principis dispensationi subiacent, poterit princeps dominium absq; apprehensione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam constat, principem posse harum rerum quæ communes sunt, ex causa occupationem priuatis interdicere, & sic venationem ipsam prohibere. Hactenus Couuaruuias, qui statim ad argumentum illud respõdet quo dicitur principem prohibere non posse venationem eo quod sit iure naturali ac gentium libera facultas venandi. Ad rationem autem (inquit) responderet, feras, volucres & cætera animalia iure naturæ non esse communia positiue, & affirmatiue, quia omnium propria sint cõmunis dominiũ causa, sed negatiue quia nullius sunt, & iure naturali nulli sint applicata secundũ D. Thomam 1. 2. *quæst.* 94. *art.* 5. Et Caietan. *in d. c.* 12. Idcirco lex humana potest vni potius quam alteri ex causa concedere, ex quibus infertur venationem iure naturali omnibus permissam, ex variis causis posse per principes prohiberi, quemadmodum authores proxime citati fatentur, & præter eos Syluester *in verbo, venatio.* Hæc denique collectio seu argumentatio parum valida est. Hoc est iure naturali permissum, ergo per legem humanam prohiberi non potest: cum multa sint iure naturæ licita, quæ inspecta reipub. vtilitate, & iuxta æquissimum cõmunitatis regimen, per legem humanam prohiberi possunt. Quod si ita argumẽtemur: Hoc est iure naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non potest, valida omnino est, & firmissima probatio. Hactenus Couuaruuias.

His rationibus & authoritatibus à Didaco Couaruuia recensitis nos adiungimus Nattam *in consilio* 604. qui idem respondit, idque confirmat ratione. Nam licet (inquit) ex causa † ius naturale, & 13
gentium limitare, distinguere, & temperare, etiamsi dominium rei suæ alicui auferatur. *l. item si verberatum. ff. ad leg. aquil. l. Lucius. ff. de euictio.* quanto magis prohiberi potest, ne capiantur feræ, quæ in nullius bonis sunt. Nattam refert & sequitur

Hippo.

Hippo. Riminal. *in consilio trigesimo quinto n. 15. lib. 1. & in consilio 68. num. 25. eodem lib.* Idem late probat Franciscus Zoanettus *in rep. leg. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem. à nu. 145. vsq. ad 192.* Idem fatetur Tiraq. *in d. tract. de nobilitate cap. 37. n. 150.* Idem præsupponit etiam Iacob. Menoch. *de arbitr. iud. casu 413.* quatenus docet clericis episcopisque prohibitam esse, ex causis quas ibi recenset, inde enim colligitur eam prohiberi posse ex causa: idem postremo docet nouissime Sebastianus Medices, *in tract. de venatione, piscatione & aucupio. in 5. quæstione prima partis.* Ex his putamus satis probatam esse maiorem propositionem nostram, quod ex causa prohiberi venatio à Principe possit.

Minor autem propositio, quod videlicet Illustrissimus Princeps iustam habeat causam prohibendi venationes subditis, probatur sequentib. argumentis.

14 Primo ex consuetudine antiqua & † notoria Germaniæ, quæ est, vt soli Principes, Barones, Comites, ac Duces Romani Imperii ius venandi habeant, cæterisque eorum subditis prohibeant venationes. Potest enim consuetudo iurisdictionem, imperium, & potestatem ei tribuere, qui prius non habuit *cap. cum contingat. in fi. e. & ibi notant omnes. de foro competenti. leg. viros.* vbi Gloss. & Bartolus *Cod. de diuer. offi. libro duodecimo. leg. vlt.* ibi *vel ex longa consuetudine. Cod. de emancip. liber.* Bartol. *in l. imperium. n. 7. ff. de iurisd. om. iud.*

15 Et in terminis quod Principes † ac Domini locorum ex tali consuetudine iustam causam habeant prohibendi venationem subditis, tradit Guido Papæ *decis. 514.* post Ioannem Fabri quem citat. Vtrum inquit, Barones huius patriæ, qui superiorem recognoscunt, possint prohibere in terris suis, ne quis piscari debeat in riuis, & dicit Ioann. Faber quod non, sicut nec præsides hoc facere possunt, *leg. 3. §. plane. ff. quod vi aut clam* nisi consuetudo pinguius ius eis tribuat, Ioann. Faber *in §. flumina. inst. de rer. diui.* Et idem repetit *in consilio 171. in 2. quæstione.* Et licet de piscationis prohibitione loquatur, idem tamen iuris est in venatione, quia valet † argumentum de

16 piscatione ad venationem *leg. item si fundi §. aucupiorum quoque. ff. de vsufruct.* Deci. *in consilio 197. colum. 1.* nouissime Tib. Decian. *in consilio 123. numero 75. libro tertio.* Et in specie de venatione quod ob talem consuetudinem prohiberi possit tradit secutus Ioan. Faber, & Guido Papæ, Franciscus Marcus *decis. delphi. 530. numero decimo quarto. vers. veruntamen in talibus debet attendi consuetudo vel statutū &c.* Cum eodem Guidone Papæ transit etiam Purpuratus *in dicto consilio 534. numero 8. libro secundo.* Idem respondit Hippo. Riminaldus *in consilio 35. numero decimo septimo.* vbi dicit id quod dicebat Rocus de Curte non valere consuetudinem prohibentem ius venandi, non procedere quando dominus & loci superior vigore consuetudinis, & præter eam id caueret edicto su., citat prædictos & insuper Guilielmum de Benedictis *in cap. Raynutius. in verf. & vxorem nomine Adelasiam. 5. decis. numero 159. de testam.* Et eandem sententiam argumentis roborat & confirmat Idem latius etiam probat & contraria argumenta refellit Franciscus Zoanetrus *in d. rep. l. 2. C. de pactis inter empto & vendito. numero 174.*

Secundo ex cōcessione supremi Principis: Imperator enim plerunq; in inuestituris ducatuum, comitatuum & principatuum † specialiter ipsis ducibus,

17 principibus & comitibus concedere solet iura venandi, forestæ, piscationum: sicuti docet Iacobinus de S. Georgio *in sæpe dicto tract. de feudis. in verbo, & cum venationib. nu. 9.* Et refert & sequitur Zoanettus, *loco proxime citato, ante numer. 70.* vbi dicit Germaniæ consuetudinem vetustissimam ita hanc imperatoris concessionem interpretari, subditis suo id consensu & taciturnitate approbantib. vt Principibus ac nobilibus ius sit ingrediendi agros ac nemora plebeiorum venandi causa, vel ipsis inuitis, ac insuper eos in vniuersum prohibendi, à venatione, leporum forte (inquit) & vulpium venationibus exceptis.

Tertio ex consensu ipso populi ac subditorum. Nam si Principes ac domini locorum pro lamata pœnalia faciant, quibus venationem subditis inhibeant, & subditi non contradicant, constituuntur in quasi † possessione prohibendi, & si per longa 18
tempora subditi acquiescant, acquirunt tale ius prohibendi, ita docet Iacobinus à S. Georgio *tract. de feudis. vers. & cum venationibus. colum 1 & sequenti. versicul. cautela pro dominis.* allegat notata *in leg. 1. & 2. C. de seruit. & aqua.* gl. & doct. *in leg. qui luminibus. ff. de ser. vrba. prædior.* Sed melius facit tex. quem ipse non allegat *in leg. si quisquam. ff. de diuer. præscrip.* Iacobinum sequitur Balbus *de præscript. 4. part. 5. partis prin. quæst. 5.* Ripa *in leg. quo minus. numero 133. ff. de fluminibus. & in cap. cum ecclesia sutrina. numer. 151 de causa poss. & proprie.* Roland. à Valle *in consilio 22. numero vigesimo septimo. libro secundo.* Franciscus Marcus *decis. delph. 530. numero decimo sexto. in prima parte.* Chassaneus *in consuetudine Burgundiæ. numero decimo tertio. §. 7.* Talia autem proclamata Illustrissimum Principem fecisse, & eius antecessores subditis nequaquam reluctantib. in facto constare posse credimus.

Quarto ex tanti temporis lapsu, cuius initium memoriam hominum excedat. Habent enim Principes Germaniæ ius venandi ex longissimi temporis, ac immemorabilis † præscriptione, ita vt non teneantur 19
hodie amplius causas aut titulos huius acquisiti iuris ostendere, sicuti bene probat Franciscus Zoanettus *in sæpe citata leg. 2. Cod. de pactis inter empt. & vendi. num. 165. cum seq.* Et quod tanti temporis præscriptio vim habeat priuilegii ac tituli legitimi ac iutis venationem aliis prohibendi, late respondit Decius *in consilio 271 per totum.* idem de piscandi iure respondit Carolus Ruinus *in consilio 28. libro 1.* vbi tamen requirit eum in quasi possessione fuisse qui præscribit, nempe eo quod prohibuerit aliū piscari, & is acquieuerit, idem Balbus docet *in tract. de præscript. 4. parte 5. partis prin. 19. quæst. 6.* Pro quibus omnibus facit tex. *in leg. 2. ff. de aqua plu. arcend.* quæ æquiparat hæc tria, naturam, legem, & vetustatem, dicens, vetustatem pro lege haberi, minuendarum litium gratia. Et quod respondit Scæuola *in l. vlt. ff. eod. tit.* vetustatem pro iure & causa sufficere, tametsi ius non ꝓbaretur.

Quinto ex eo, quod venatio propria videtur Principum & regum, Heroum & nobilium, vt se recreent ac in ea exerceant, sicuti docet ex historiis & exemplis quam plurimis Andreas Tiraq. *in tract. de nobilitate c. 37. n. 139. cum seq.* præsertim cum ipsi pro populo & subditis perpetuos labores sustineant, propter quā causam multis eos prærogatiuis dignos esse, eleganter ostendit Alfonsus à Castro *lib. 1. de potestate legū pœnalis. c. 10.* Hanc † causam esse iustam venationis pro- 20
hibendæ inferioris sortis hominibus, probat insignis Theologus Dominicus Sotus *lib. 4. de iust. & iure. q. 6. articulo 4.* vbi dicit, posse principē aliquot loca proprio venationis vsui dicare, neque ad hoc requiri populi consensum, quia (inquit) iustum est, vt pro sua dignitate, gratia recreandi animi, venationem habeat paratam. Neque condecet apros & ceruos

& id genus beſtias à plebeiis venatu impeti. Sed cõueniens eſt, eas reſeruari ingenuis qui præliorum ſimulachra aduerſus eas meditentur. His ſubſcribit idem Sebaſtianus Medices *in ſupradicto tract. de venatione, in prima parte q.5.*

Sexto ne agricolæ, artifices, mercatores, operarii ſeu mercenarii, atq; adeo ſubditi præfati Illuſtriſſimi
21 Principis præ nimia venandi † auiditate & ſtudio, agriculturam, mercaturam, artificium & alia officia & exercitia illis incumbentia derelinquant, vel negligentius tractent. Sicut enim apud Suetonium in vitis Cæſarum legitur, & apud Cornelium Tacitum, alioſque hiſtoricos, in Germania olim venationes erant frequentiſſimæ, & permiſſæ omnibus, vnde agrorum neglecta cultura homines tantum venationib. occupabantur, cum maximo reipublicæ detrimento. Hanc eſſe iuſtam cauſam Principi, vt venationem ſubditis prohibeat, docet Andreas Tiraquellus *in dict tracta. de nobilitate. cap.37. num.* 150. & Guilielmus de Benedictis *in rep. c. Raynutius. in verbo, & vxorem nomine Adelaſiam. deciſ.5. num.* 338. *& ſeq.* Cui ſententiæ ſuffragatur, quod videmus, iure noſtro Cæſareo, ſæpe aliquibus interdicta fuiſſe alia officia & exercitia, quo magis in ſua functione & artificio continerentur: vt *in toto titulo Cod. ne ruſtici ad vllum officium deuocentur &c. & in tit. Cod. negotiatores ne militent. & in leg. pen. & fin. C. de cohortalib. lib.* 12. *& alibi.*

Septimo & vltimo ne ſubditi occaſione & præ-
22 textu venationis † arma illicita ferant, bombardas ſcilicet ſiue ſclopetos, aliaque ſimilia inſtrumenta, non tantum feris, ſed etiam hominibus periculoſa, ex quo dominis forte prohibere volentib. ingreſſum fundi, aut nemoris ſui, aliis vero gratia venandi cõtra nitentibus oriantur rixa, contentiones, & cædes, ex quibus publica pax violetur, argumento tex. *in c. nemo. de pace tenenda & eius violatoribus, in vſibus feudo* Deinde, ne ſub ſpecie venationis malis hominibus occaſio, aut commoditas prębeatur inſidiandi peregrinantibus, obſidendi vias publicas, & latrocinia committẽdi. Semper .n. nebulones iſti dicerẽt, quocunq; in loco à cuſtodib forte ſeu vigilibus reperti ac interrogati, cur in ſyluis euagẽtur, ſe venationis gratia ibi agere. Vnde eluderetur omnis in facinoroſos homines inquirendi via, ſequerenturque incommoda & pericula maxima, vt pulchre explicat Guilielmus de Benedictis *in ſæpe dicta repet c. Raynutius. in verbo, & vxorem nomine Adelaſiam. deciſ.5. n.* 355. vbi ſubiicit ordinationem regiam Caroli ſexti Francorum regis, ann. 1396. die 10 Ianuarii factam, per quam idem Rex ex ſententia & deliberatione ſui magni conſilii edicto perpetuo ſtatuit, vt qui nobiles non eſſent, venari non poſſent, nec aues, canes, retia, tendicula, funes & alia inſtrumenta habere, ſub certis pœnis, & hoc ne occaſione venationis, à ſuis artibus auerterentur, & ne inter eos & nobiles orirentur iurgia & contentiones. Item ne latrocinia, cædes, oppreſſiones viarum & alia orirentur mala, vt ibi latius proſequitur.

Quapropter his omnibus de cauſis non ſolum Principes poſſe venationem prohibere dicimus, verum etiam prudenter factum eſſe concludimus, in Germania, vel per imperatorum conceſſiones, vel per longiſſimas præſcriptiones, & conſuetudines, vel alias ob cauſas, vt ius venandi in ſolos Principes, Comites, Barones, ac nobiles quoſdam tranſlatum ſit & prudenter Illuſtriſſimum Principem feciſſe, dum edicto ſuo venationem prohibuit omnib. eius ſubditis qui ius venandi non habent.

Nunc ſupereſt vt ad argumenta in contrarium adducta reſpõdeamus. Non obſtant ergo authoritates & iuris loca, tam diuini quam humani, quibus dicitur, venationem eſſe omnib. liberam, & conceſſam. Nec prohiberi poſſe à principib. &c. Quia fatẽmur omnia hæc vera eſſe, regulariter, omnibuſque aucupari licere, piſcari & ſimilia facere, & ab aliquo prohiberi non poſſe, etiam à principe, niſi iuſta cauſa prohibendi ſubſit. Ex cauſa .n. iuſta Princeps poteſt venationem ſubditis prohibere, vt iam oſtendimus. Vnde authoritates omnes doctorum contrarium affirmãtium intelligendæ ſunt, quando Princeps ſine cauſa iuſta id faceret, ſine legitima conſuetudine, præſcriptione, conceſſione ſummi principis, conſenſu ſubditorum, & refragante quaſi poſſeſſione, in qua ſubditi reperirentur venationes exercendi, in quibus terminis loquuntur omnes prædicti, & ſic vt vno verbo dicamus, illi reſponderunt in caſibus, in quibus locus eſt regulæ, nos vero in caſu in quo locus eſt exceptioni vt loquuntur noſtri. Quare nihil obſtant eorum reſponſa & traditiones, cum vt iam probatum eſt, ex ſupradictis, liceat principi ex cauſa iuſta contra ius gentium ſtatuere, & contra ius naturale & conſequenter etiã ius venandi & piſcandi tollere, & auferre.

Nec obſtat quod aliqui dixerint. Imperatori quidem ac Principi ſupremo id licere, ſed non inferioribus principibus, quoniam reſpondemus, id eſſe intelligendum quando id facerent ſine iuſta cauſa, nam ſi iuſtam cauſam habeant, vel ex conſuetudine, vel ex conceſſione Principis ſupremi, vel ex populi conſenſu, vel ex præſcriptione vel ex aliis ſupraſcriptis, non negant id eis licere, ſicut & imperatori licet & quatenus id negarent, longe tamen plures ſunt, qui contra id licere affirment, quos iam citauimus, & quorum ſententia ſicut eſt communior, ita etiam eſt verior. Nam hæc eſt vera omnibuſque probata traditio, Principes inferiores qui ſuperiorem agnoſcunt, omnia facere poſſe † in ſua ditione ac ſtatu, 23
quæ imperator in ſuo regno, ac imperio, Paulus Caſtrenſis *in conſilio* 34. *col. fin. libro* 2. Dec. *in conſilio* 403. *numero* 6. Alexand. *in conſilio* 2. *num.* 25. *lib.* 1. Soc ſenior *conſ.* 66. *colum.* 6. *libro tertio.* Socinus iunior *in conſ.* 76. *num.* 1 *&* 2. *lib.* 3. vbi dicit hanc ſententiam communem eſſe & ab ea non eſſe recedendum in iudicando Roland. à Valle *in conſ.* 86 *num.* 16 *cum plurib. ſequentib. libro* 1.

Non obſtant deniq; argumenta Crauettę *in conſ.* 643 *libro quarto.* quibus aſſerit conſuetudinem qua principes nituntur vitioſam eſſe, cum ſit contra ius naturale & gentium & ex actibus iniuſtis inducta. Item præſcriptionem eſſe cum mala fide. Ac poſtremo conſenſum ſubditorum non inde colligi legitime, quod vel non audeant proclamationibus contradicere, vel quod ſinguli non collegialiter ac in modum vniuerſitatis conſentiant, vel quod aliqui mulctati ſint & acquieſcant.

Hæc vt diximus à Crauetta commemorata, nullo modo obſtant, pendent enim omnia ex falſo præſuppoſito ac fundamento, quo ſublato, merito corruunt ac penitus deſtruuntur. Fundamentum autem illud eſt, quod Crauetta † ipſe initio conſtituit. 24
nimirũ ius venandi liberum eſſe iure naturali ac gentium; & conſequenter edicto Principis prohibere nõ poſſe. Hoc enim fundamento ſtante recte omnia ſequuntur: videlicet. quod ſi contrarium Principes faciant ex conſuetudine, talis conſuetudo ſit vitioſa. Et quod in hac quaſi poſſeſſione ſeu verius vſurpa-

vsurpatione principes non sint conseruandi: & quod singulorum consensus non sufficiat: & quod principes sint in mala fide, consequenter praescribere non possint: & subinde alia omnia recte sequuntur quae Crauetta dicit. Sed illud fundamentum iam sublatum est ex praecedentibus, quibus docuimus ex vera & communi omnium sententia, principes ex iustis ac variis causis prohibere posse venationem subditis suis. Hac vera & irrefragabili omnium doctrina supposita, efficitur consuetudinem esse iustam, non vitiosam, Principes esse in bona fide, non in mala fide, & consequenter eos esse defendendos in sua quasi possessione, & praeterea omnia cessare reliqua, quae Crauetta deduxit in praedicto consilio.

Constituta igitur venandi potestate ac iure, penes principem, cum facultate aliis prohibendi. Sequitur ex ordine proposito, vt videamus qualiter in huiusmodi ferarum venatores ac depraedatores contra Principis edictum ac prohibitionem animaduertendum
25 sit. Quaestio sane difficilis est, quia nulla † lege aut consuetudine, certa poena in huiusmodi delinquentes constituta reperitur, & varie admodum viri prudentes hac de re statuisse videntur. Iacobus Aluarotus *in cap. nemo retia. de pace tenenda & eius violatoribus.* dicit eos esse puniendos sicut violatores pacis publicae. Guido Papae *decis.* 218. in Delphinatu testatur consuetum esse poenas etiam corporales arbitrio iudicis imponi. Contrarium vero poena corporali plecti non posse venatores, sed satis esse si ablatis plagis & instrumentis duplum aut triplum soluant scribit Dominicus Sotus *libro 4. de iust. & iure. q. 6. art. 4.* Poenas in istos venatores moderandas esse docet Bartol. Fumeus *in summa aurea armilla nuncupata, in verbo, venatio. circa finem.* Non debere pro prima vice poenam mortis, aut mutilationis membri imponi monet Martinus Nauarrus *in manuali confessorum. cap. 17. § 11. num. 221.* Tyrannos esse eos principes qui leuissima causa, vt puta quia ceruum in sylua sua inclusum quis occidit, statim illum morte mulctari iubent, pluris ceruum quam hominem aestimantes scribit Alfonsus à Castro *libro primo. de potestate legu poenalu. cap. 6.*

Varias denique constitutas esse poenas aduersus venatores à Carolo sexto Francorum rege refert Gulielm. de Bened. *in c. Raynutius in ver. & vxorem nomine Adelasiam. decis. 5 num.* 353. vbi etiam refert id quod est apud Valerium Maximum *libro 6. tit. de seueritate.* Domitium Praetorem Romanum, olim Siciliae rectorem, cum ad eum eximiae magnitudinis aper allatus esset, adduci ad se pastorem iussisse, à quo esset interfectus, & posteaquam inuenit eum venabulo vsum esse, mandasse eum pastorem crucifigi: quia ipse ad exturbanda latrocinia, quibus prouincia vastabatur, ne quis telum haberet edixerat, refert etiam Comitem de Candala, si rusticum quempiam in venatione inuenisset, pro qualibet penna perdicis capiç vnum solidum turonensem exigere consueuisse, absque vlla remissione vel gratia: cumque interrogaretur aliquando cur id faceret, respondisse, mulctam quidem delictum excedere, seueritatem tamen publicam gignere vtilitatem, ne rustici ab agricultura reuocentur. Variis etiam modis in Germania animaduersum in istos audiuimus, modo scilicet poena carceris, modo relegationis, modo abscissionis manus, modo oculorũ, modo aliis & aliis poenis & mulctis.

Itaq; satis arduum videtur aliquid certi statuere, praesertim, cum multae ac variae, pro delictorum & delinquentium qualitate, circumstantiae esse possint & causae, modo minuendi, modo augendi poenam. In tanta igitur rei perplexitate, quia non possumus omnibus dubitationibus occurrere, atque omnes casus, qui accidere possunt, responso nostro terminare ac decidere, quinque conclusiones proponemus quas iuridicas esse, aequitate & iurisprudentum menti consentaneas existimamus reliqua Illust. Principis prudentiae & Mag. eius consiliariorum remittentes.

Prima est cõclusio venatores ferarum quanquam aduersus Principis praeceptum & edictũ cõmittant, non † sunt tamen poena mortis naturalis puniendi 26
pro prima vice.

Probatur haec cõclusio. In primis authoritate theologorum. Secundo iuristarum. Tertio ratione euidentissima. Theologorum authoritate, nimirum Dominici Soti *in d. tract. de iust. & iure. lib. 4 q. 6. art. 4.* Martini Nauarri *in manuali confessorum. cap. 17. §. 11. nu. 221.* Alphonsi à Castro *in d. lib. 1. de potesta. legu poenalis. cap. 6.* Bartholomęi Fumei, *in d. summa aurea armilla nuncupata, in verbo, venatio.* Iuristarũ vero, quia tametsi scriptum sit *lib. 1. Regum cap. 14.* Qui non obedierit Principibus morte moriatur, quod dictum refertur *in cap. 2. de maiorit. & obedien.* & idem videatur imperator dicere *in leg. vniuersae. Cod. de veteris numismatis potesta lib. 11.* haec est tamen recepta ab omnibus sententia, vt nullo modo poena mortis in eum sit dicenda, qui principi non obedierit, nisi causa admodum grauis in mandato contineatur, sed aliter arbitrio Principis puniendus sit, & hoc receptum est fortasse ex eo, quod dicitur *Esdrae cap. 7. in fine.* omnis qui non fecerit legem regis diligenter, erit iudicium in eo siue in mortem, siue in exilium, siue in condemnationem substantiae eius, vel certe in carcerẽ. Sic docent Baldus *in l. legis virtus. numer. 1. ff. de legib. in consilio 367. venerabilis. & 376. casus talis est.* Felinus *in ca. 2. colum. 2. versicul. non omnis transgressio. de maio. & obed.* vbi dicit non omnem transgressionem mandati Principis poena mortis mulctandam. Idem probant Aymo *consilio 131. numero tertio.* Grammaticus *decis. 40. numero 10* Menochius qui alios citat *de arbitr. iud. casu 361* Prosper Farinacius qui & alios citat *commun. conclusion. & quaestionum criminalium. tit. de delictis & poenis. quaest. 19. numero 22.*

Sed hoc in casu nemo diceret, mandato principis contineri rem tanti momenti, vt contrauueniens dignus sit poena mortis cum venari non sit delictum per se, nec redundet in notabile principis praeiudicium, aut DEVM grauiter offendat, quae quidem circumstantiae delictum faciunt esse poena mortis dignum, sicuti optime docet Alfonsus de Castro *dict. tract. de potestate legis poenalis. cap. 6.* ergo poena mortis imponenda non est. In cuius sententię cõfirmationem facit, quod Marsilius scribit *in pract. criminali. in §. occurrunt. qui est § finalis numero quinto. cum pluribus sequentibus.* vbi post plurima iuris, canonum, & doctorum loca citata concludit, quod si delinquens non sit famosus, iudex non debeat eum morti adiudicare, sed mitius secum agere, quamuis de iure (*& haec verba sunt notatu digna*) esset poena mortis puniendus. Nec dissentit Ægid. Bossius *in titul. de principe & priuileg. eius. numero trigesimo tertio.* vbi de principe verba faciens dixit, licet principis sit facere iudicium & iustitiam. *vt in ca. rex. & in c. regum. 21. q. 5.*

hanc

hanc tamē debere esse dulcedine misericordiæ temperatam *cap. disciplina. 45. distin.* quia iustitia sine misericordia vertit verum Principem in tyrannum.

Ratione vero probatur hæc sententia & conclusio, quia contra venatores nulla pœna est à lege certa constituta, vnde sequitur vt pœna iudici sit arbitraria *leg. Annona. leg. pen. leg. fin. ff. de extraord. crimin. l.*
27 *pen. ff. de pœnis.* Sed quando pœna est arbitraria † & extraordinaria, hoc modo nunquam potest iudex pœnam mortis arbitrari, & imponere, nisi atrox & graue sit delictum, sicuti declarāt Marsil. *cons. 24. nu. 34.* Alexand. *consilio 111. numero tertio. libro 1 & 13. num. 15. & 55. numero 2. & 121. numero sexto. libro septimo.* Iul. Clar. §. *fi. quæst 83. vers. sed quaro.* alios quamplures refert & sequitur Menoch. *de arbitr. iud. casu 86. in principio.* Sed huiusmodi delictum non est graue & atrox, imo venari est omnibus permissum, nec vllum in se habet delictum, nisi quatenus à Principe prohibetur, ergo pœna mortis nullo modo imponenda est.

Secunda est conclusio. Venantibus contra Prin-
28 cipis prohibitionem pœna † mutilationis membri infligenda non est pro prima vice, nisi circumstantia maximi momenti concurrat, vel ex qualitate contrauentionis, vel ex qualitate delicti & recutorum ex eo, vel ex qualitate personæ quæ forte alia commiserit delicta. Hæc conclusio est Martini Nauarri & Dominici Soti *in locis proxime citat.* Qui quidem Nauarrus citat etiam Syluestrum *in sua summa. in verb. venatio.* Sic dicens scilicet, ne venantes in locis prohibitis occidant vel mutilent saltem pro prima vice, quamuis id sancitum sit, quia eiusmodi seueritas nō est exercenda nisi in consuetos id facere, & contumaces. Et consuetudo sic puniendi etiam prima vice iniusta videtur, quam qui seruaret, peccaret mortaliter, quod asserit Syluester &c. Dominicus autem Sotus sic. At vero in his omnibus primum omnium, vt de syluis dicebamus cauendum est, ne pœnæ acerbæ statuantur, quia illud non existimatur furtum aut latrocinium, perinde ac dum domus aut bursæ compilantur. Quare profecto crudele est pœna corporali plecti ingredientes loca vetita venationis gratia, sed satis est, si duplum aut triplum soluerent, & plagas instrumentaque perderent.

Et hæc sententia confirmari potest ex eo, quod
29 vltimum supplicium & membri † abscissio quoad hoc æquiparantur, sicut iudex, cujus arbitrio delicti pœna remissa est, pœnam mortis arbitrari & declarare non potest, ita nec pœnā mutilationis membri, sicuti docet Alexander *in consilio 13. numero 17. & in consilio 55. numero quarto. libro septimo.* Quanquam
30 non ignoremus in eo esse † controuersiam Alexandri sententiam, ex iis quæ tradit Alciat. *in leg. imperium. numero 126. ff. de iurisd. om. iud.* & Menochius *de arbitr. iud. quæst. 86. n. 9. cum seq.*

Nemo tamen negat quin membri mutilatio sit grauissima pœna, & capitali proxima diciturque causa sanguinis vbi locus est mutilationi mēbri, sicuti docet Alexander *in leg. transigere. Cod. de transact.* & fatetur ibi Alciatus *numer. quadragesimo secundo* probaturque *ex c. reoi sanguinis. 23. q. 2. c. in archiepiscopatu de raptorib.*

Huc accedat Gandinum *in tract. rer. criminalium in titul. de pœnis reor. numero quinquagesimo secundo.* diligenter explicare ac recensere omnes casus in quibus pœna mutilationis membri à lege imponitur, & tamen inter eos casum nostrum non connumerare, sicuti nec eum connumerat Prosper Farinacius *commun. concl. & quæstionum criminalium tit. de delictis & pœnis. q. 19. n. 26.*

Tertia est conclusio contrauenientibus edicto Principis prohibentis venationem pro prima vice imponenda † est pœna vel carceris ad tempus, vel 31
pecuniaria, vel relegationis ad tempus, nisi aliqua circumstantia, vt supra dictum est in præcedenti cōclusione, augendam esse pœnam, vel etiam minuendam condonandamque, suadeat: non enim hac re quæ legib. definita non est, & quæ ex varietate casuū diuersam habere definitionē potest, certa aliqua & constans doctrina inuenitur, sed necessario multa sunt prudentiæ iudicis ac Magistratus relinquenda iuxta notata *in leg. & si seuerior. Cod. ex quibus causis infa. irroge. leg. hodie.* vbi etiam Bartolus *ff. de pœnis.* Tiraquellus qui plura congerit *in tract. de pœnis. in præfatio. num. decimo sexto. cum pluribus sequentibus.* Potest.n. iudex etiam vbi iura pœnā relegationis imponunt, aliam tamen imponere iuxta delicti & delinquentium qualitates, vt per Imol *in l. 2. ff. de pub. iud.* Alexandr. *in consilio 55. numero primo. libro septimo.* Corneum *consilio 175. colum. 3. libro tertio.* Roland. *in consi. 38. numero decimo quinto. libro primo.* Ofasc. *decis. pedem. 105 num. septimo.* Menochius *de arbitr. casu 330. num. quinto.*

Imo omnes omnino pœnas iudici arbitrarias esse ꝙ ex causa possit eas augere aut diminuere ex innumeris fere doctorum authoritatibus probat Prosper Farina. *commun. opinion. & quæstion. crim. quæstione 17. num. 7.*

Probatur autem tertia hæc conclusio, à sufficienti partium enumeratione, vt loquuntur nostri. Nam si non obediens Principi, aut † morte mulctandus 32
est, aut exilio, aut carcere, aut bonis suis, vt dicitur *Esdræ cap. 7. in fin.* & vt diximus supra ex communi Doctorum sententia. Nec prima vice æquitas patitur aut transgressionis qualitas exigit, vt locus sit pœnæ mortis aut mutilationis membri, sequitur dicendum alteri ex memoratis pœnis locum esse oportere. Et præsertim quia in hoc delicti genere, non sunt in vsu fustigationes, verberationes aut aliæ pœnæ, quæ vel furibus imponuntur, aut falsariis, aut blasphemantibus DEVM & id genus infamibus, qui obscœna turpiaque facinora committunt. *iuxta leg. ictus fustium. ff. de his qui notan. infa.* & Gandinum *in tit. de pœnis reor. numero quinquagesima sexto.* Quanquam enim crimen istud non leue sit, quoniam principis contemptum & præiudicium continet, non tamen eam turpitudinem & infamiam habet comitem, quam furta, latrocinia, falsitates, & alia scelera id genus. Quod enim furtum non committant venatores isti, probabimus infra in tertia quæstione. Itaque satis sufficiens pœna nobis videtur vna ex supradictis quam Illustrissimus Princeps, vel eiusdem iudices elegerint pro causarum & factorum qualitate.

Nec dubitamus quin hæc sententia sit ex mente supra dictorum theologorum, qui pro huiusmodi delicto negant prima vice pœnam mortis aut mutilationis membri irrogandam esse. Et iurisconsultorum, qui, cum pœna est iudici arbitraria, vt in casu nostro, nolunt iudici potestatem esse, pœnam mortis irrogandi, sed aliam citra mortem, exclusa etiam membri mutilatione, secundum aliquos vt dictū est:

&

& secundum omnes, quando delicti qualitas id non exigit sicut in proposito casu contrauentio hæc venantium, nobis non videtur exigere pro prima vice pœnam mutilationis membri. Nam cum pœnæ mortis & abscissionis membri locũ esse non posse statuant, satis innuunt, vel relegationi locum esse, vel carceri, vel mulctæ pecuniariæ.

Quarta est conclusio, venantibus contra Princi-
33 pis † prohibitionem edictumue, pro secunda vel tertia vice imponi potest grauior pœna, quam relegationis vel carceris, vel pecuniaria, etiam vsq; ad membri abscissionem, vel missionem ad triremes, si talis pœna triremium esset in vsu, vel commode exerceri posset. Hæc conclusio est ex mente Nauarri *loco iam citato.* quia dum dicit pro prima vice nõ esse pœnam mortis, aut membri abscissionis, infligendam, subdit eiusmodi pœnis in contumaces locum esse, & sic in eos, qui sæpe talia committunt. Et videtur nobis iuri admodum conformis, quo cauetur delinquendi consuetudinem facere, vt reus grauius puniatur. *leg. 3. C. de episcopali audien. l. capitalium. §. solent. & § grassatores. ff. de pœnis. leg. 2. vers. si plures. ff. de re milit. leg. seruos C. ad leg. Iuliam de vi.* Et id apud omnes doctores esse receptum animaduertimus nemine dissentiente *Glo. in l. quicunque. C. de seruis fugi.* Specul. *in tit. de cõ:u. §. 4. vers sed pone iudex.* Inno. *in c. nouit. de iudi.* Saly. *in l. seruos. C. ad l. g. Iul. de vi pub.* Bartol. *in l. si. ut. §. fin. ff. de accusa.* Felin *in c. sicut. in Glo. in ver. adulterio. de testib.* Carrerius *in practi. cri. tit. de homicidio. §. circa igitur tertium. quibus ex causis pœna augeatur &c.* Marsil. *sing. 378 num. 3.* Grammat. *voto 9. nu. 22 & num. 25 & voto 17. numer. 7.* Clarus *in §. fi. quæst. 21. vers. fama sola circa finem.*

Cum igitur pro prima vice puniendus sit vel pœna carceris, vel relegationis, vel pecuniaria, sequitur,
34 vt pro secunda & multo † magis vlteriore aliqua pœna corporali, & sanguinis mulctandus sit, quæ sit maior prima, sic enim & iureconsultus procedere videtur in augendo pœnam, *in leg. relegati. ff. de pœnis.* vbi semel punito pœna relegationis ad tempus, si adhuc non obediat perpetuum exilium imponendum dicit, in insulam relegato deportationis, deportato pœnam capitis irrogandam. Semper autem ab hac conclusione excipimus particulares casus eos, in quibus circumstantiæ facti vel personarum aliud suadeant faciendum.

Dubitari autem potest, an augmentum pœnæ quod propter delicti iterationem ac frequentationem leges commendant, locum habeat, si modo delinquens prima vice sit punitus, an vero etiam si non sit punitus, prima vel secunda vice.

Respondemus Franciscum Herculanum *in tractatu de cautione de non offenden. cap. 39 numero* 10. quæstionem hanc proponere, & concludere quod ita de-
35 mum † sit augenda pœna ob frequentationem ac iterationem delicti, si delinquens prima vice fuerit punitus. Sed quoniam is allegat Decium & Cagnolum *in leg. bona fides. ff. de reg. iur.* qui id non dicunt, idcirco nos contrarium iuris esse putamus; in eam sententiam moti ex eo, quod leges pœnam augendam statuentes ex frequentatione delicti simpliciter loquuntur, nec requirunt, vt delinquens prius fuerit punitus *leg. seruos. Cod. ad leg. Iuliam. de vi. leg. capitalium. § grassatores. ff. de pœnis leg. vlt. ff. de abigeis.* Atque ita docet Antonius Gomezius *commentariorum iuris ciuilis tomo tert. capit. sexto. titul. de furto numero* 9. refert & sequitur Prosper Farinacius *in sæpe citato libro com. opinionum & quæstionum criminalium q. 23. num. 9. & 10.*

Facit pro hac sententia altera communis assertio
doctorum quod pœna sit augenda propter † con- 36
suetudinem delinquendi, etiamsi delinquens de primis delictis fuerit à Principe per gratiam absolutus, vt communiter seruari scribit Chassaneus *in consuetudine Burgundiæ. rub. prima. §. 5. vers. simplex. nu.* 20. Couarru. *vari. resol. libro secundo. cap. 10 num. 2. vers. cæterum præmissa lege.* Iacobus Menochius *de arbitr. iud. casu 195. n. 19.* Clarus *in practi. cri. § furtum. vers. sed quid si.* Et licet ii doctores in specie loquantur de fure, qui cõmisit tria furta, eorũ tamen dicta ex generali ratione possunt extẽdi etiam ad omnia delicta, prout generaliter in omnibus delictis loquitur, de hac traditione verba faciens, Paulus Merenda *cons. crimi. diuersorum 90. numero trigesimo secundo. volum.* 2. in magnis refert & sequitur Prosper Farinacius *loco proxime citato num. 11.*

Quinta & vltima est conclusio. Venantibus inuito & prohibente Principe non solum semel sed bis
& sæpius ita vt contraueniens ac inobediens † in- 37
corrigibilis videatur, pœna mortis naturalis imponi potest.

Hanc conclusionem probamus ex recepta ab omnibus sententia, quæ habet, pœnam augeri posse propter delicti iterationem, ita vt licet delictum aliquod per se non mereatur pœnam corporalem, possit tamen mortis pœna puniri si sæpius committatur, & vt nos interpretamur si tanta sit ac tam frequens iteratio, vt delinquẽs omnino incorrigibilis iudicetur: Quæ sententia assertores habet plures maximę authoritatis iureconsultos, cõtradicentem autem nullum quẽ viderimus, aut certe paucos, sumiturque pręcipue *ex leg. 1. Cod. de superexactorib. libro* 10. in illis verbis *capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda est, si in iisdem sceleribus perseueret.* vbi hoc dicunt Bartol. Lucas de Penna, & Alexand. *in addi.* Grammaticus alios citans *in consilio 17. numero decimo sext. & voto 9. numero 26. & voto 17. numero 13.* Carrerius *in practi. criminali titul. de homicidio. §. homicidii autem species duplex. & §. circa igitur tertium. quibus ex causis pœna augeatur. numero quarto* Io. Arno. *sing. 64.* Marsilius *sing. 378. numero primo.* Iosephus Mascardus *de probationibus. volum. 2. concl. 838. numero quarto.* Prosper Farinacius qui plures alios citat *commu. opinionum & quæstionum crimi. titul. de delictis & pœnis. quæst. 23. numero secundo.* vbi post multas authoritates adductas rationem in cõfirmationem addit valde bonam.

Facit (inquit) in simili quod in specie dicitur, in
crimine furti pro quo, quamuis † magno, licet non 38
imponatur regulariter pœna mortis, secundum magis communem, æquiorem, & magis practicatam opinionem de qua late per Cæpollam *in auth. sed nouo iure. numero 75. Cod. de ser. fugi.* Alexander *in consilio 71. numero 21. inter consilia criminalia diuersorum. volum. 2. in parti.* Antonius Gomezi. *de delictis. titul. de furtis. numero septimo.* Et ibi Suarez *in add. liter. D.* Roland. *consilio quinquagesimo primo. numero quadragesimo tertio. libro 1.* Clar. *§. furtum. vers. sed an pro vno. &c.* D. Octaui. Vulpel. *responso 16. n. 1.*

Si tamen reiteratur tertia vice, potest pro tribus furtis pœna mortis imponi, vt per Grammat. *dicto voto 9. num. vigesimo quinto. & voto 17 num. quinto.* Couarruuias *var. resol. libro secundo. cap. 9. numero septimo.* Mascardus qui alios adducit concordantes *in d. concl. 838. n. 6. lib. 2.* Saltem de generali & cõmuni consuetudine, sicut testantur Anto. Gomezi. *vbi supra, nu. 6.*

Octauianus

Octauianus Vulpel *d. responso 16 num. 3* Hactenus ille. Qui tamen subdit vnum, quod est notatu dignum, supradictos doctores loqui per verbum Potest, non autem per verbum Debet. Vnde sequitur, vt hoc in casu iudex, si velit, possit mortis pœnam irrogare, sed si nolit de iure non cogatur; quod dicit prius consideratum fuisse à Fabio de Monte Leone *in practi. arbitraria. in 3. & vltima part. quartæ partis principalis. numero 769.*

Deinde subdit hanc sententiam, licet iure defendi possit, de facto tamen & de consuetudine non seruari, teste eodem Grammat. *decis. 16. numero quinto.* & Iulio Claro § *fin. quæst. 84. versicul. sed hic incidenter.*

Quare ex his omnib. nos quoq; putamus in hac re considerate admodum ac prudenter procedendum esse, vt non nisi ex grauissimis circumstantiis ad hanc pœnam mortis deueniatur. Et laudamus, quoniam nebulones isti, vt plurimum aliis sceleribus ac delictis inquinati sunt, vt quemadmodum respondimus non ita pridem in casu cuiusdam magni ac incorrigibilis ferarũ deprædatoris, aliorum etiam delictorum rei, pœna mortis imponatur, si incorrigibilitati in hoc genere delicti, aliud delictum accesserit, vel furti, vel adulterii vel alterius generis. Non recedentes tamen à præmissa conclusione quod rigore iuris attento, & communibus doctorum nostrorum traditionibus à quibus in iudicando non est recedendum talis delinquens, & incorrigibilis, pœna mortis affici possit. Quicquid de consuetudine & de facto vel apud Grammaticum vel apud Clarum scriptum reperiatur de ciuitate Mediolani vel Neapolis, de iure etenim, non de facto interrogamus.

Quare data incorrigibilitate, locus erit sententiæ, qui non obedierit Principib. morte moriatur, & omnis qui non fecerit legem regis diligenter erit iudicium in eo siue in mortem &c. Quod non est alienũ à mente Nauarri loco sæpe supra citato, quatenus ait pœna mortis & mutilationis membri non esse pro prima vice statuenda, quia huiusmodi seueritas (inquit) non est exercenda nisi in consuetos id facere & contumaces.

His conclusionibus iam firmatis multa adiicere possemus tum ad augendã tum ad minuendam pœnam pertinentia, præsertim ex causa ætatis delinquentis ex modo culpæ & doli, & aliis causis similibus, sed quoniam hæc obuia passim sunt omnibus, præsertim ex Tiraq. *in tract. de pœnis legum temperandis.* idcirco his contenti, longiori discursu supersedemus, parati ad respondendum, si vlterius aliquid à nobis desiderabitur.

Illud tamen non prætereuntes, videri nobis grauem circumstantiam ad augendam pœnam vbi quis deprædatur feras lucri gratia, vel in contemptum Principis. Ad minuendam vero pœnam quoties paupertate aliquis adactus id faceret, vel ira motus ex damno forte à feris sibi allato. Et hæc de secunda quæstione.

Sequitur iam tertia quæstio qualiter ii puniendi sint, qui carnes ferinas, & pelles seu cutes ceruorum à deprædatoribus istis emunt.

Ad hanc quæstionem breuiter respondemus p̃mittendo duo: vnum est, ꝙ venatio omni iure est licita & permissa, vt in primo articulo latius diximus, quanquam ex iustis causis à Principe prohiberi possit, ex hoc enim sequitur quod si nulla esset venandi à Principe facta prohibitio, is qui feras venando caperet, & occideret, nullum diceretur committere delictum.

Secundo præmittimus, quod venator qui contra Principis prohibitionem, feras capit & occidit puniatur quidem, vt dictum est, sed tamen furtum committere non dicitur. Nam furtũ definitur † quod sit 39
cõtrectatio rei alienæ fraudulenta inuito domino *l. 1. ff. de furtis. §. 1. in inst. de oblig. quæ ex delicto nascuntur.*

Hæc autem definitio nõ conuenit his feris captis aut interfectis in alieno agro vel nemore, quoniam huiusmodi feræ antequam capiantur nullius in bonis sunt, vnde contrectatio eorum fieri non potest, tanquam de re aliena. Nec quicquam facit prohibitio Principis ac domini, quia non operatur, vt feræ bestiæ sint ipsius prohibentis priusquam eas capiat, manet enim in pristina libertate, & ideo capientis adhuc efficiuntur absque furti crimine, sicuti probat Io. Medina *in tract. de restitu. quæst. 12.* quem refert & sequitur Didacus Couarruuias *in c. peccatum in 2. parte relect. §. 8. vers. quinto, ab eadem conclusione. de reg. iuris. libro sexto.* & facit pro hac sententia tex. *in leg. 1. § item feras. ff. de acq. poss. ff.* vbi iurisconsultus ait huiusmodi feras in propriis nostris syluis vagantes à nobis non possideri, quoniam relictæ sunt in libertate naturali nisi in viuario hominum industria inclusæ fuerint, sicut illum textum declarat ibi Couarru *circa finem.* Quod si feræ bestię capientis fiunt, sequitur vt possit eas vendere.

His ita præmissis: respondemus nulla pœna ementem feras ab illis venatoribus captas aut pelles animalium affici posse. Quia licet venatores contra Principis edictum faciant, venando, easque capiendo, ipsi tamen ementes non delinquunt, quia nec faciunt contra Principis edictum, & contractum exercent omni iure permissum ac licitum, sicut notum est emptionem esse licitam, & omni iure approbatam, etsi licet occidenti feras eas vendere, eã multò magis emere alicui permissum est.

Et licet emens scienter † rem furtiuam teneatur 40
actione furti, sicuti probat text. *in l. seruus cuiusq; ff. de cond. indeb.* vbi Bald. & Castrens. notant & tradit Angelus *de maleficiis in verbo, & cælestem vestem. versicul. quid si quis emit.* cum aliis à Rolando à Valle citatis *in consilio 45. numero tertio libro primo.* tamen isti venatores vt dictum est furtum committere non dicuntur. Vnde quamuis ementes carnes ferinas & cutes, non sint laudandi, imo potius reprehendendi, eo ꝙ nullum huiusmodi delinquentibus ac inobedientibus suo Principi commercium habere deberent, nullam tamen in pœnam incurrere nobis videntur, nisi forte aliquibus circumstantiis concurrentibus proponeretur, eos qui emunt in aliquo esse dolo vel culpa, vouendo istos nebulones, vel cum eis colludendo, & societatem quæstumque exercendo, ita vt ex eo instigarentur, aut certe promptiores aliquo modo redderentur ad venandum, & occidendum feras.

Sed præsupponendo emptorem omni dolo & culpa carentem non putamus esse puniendum ex eo solo quod ab istis emat, vel carnes vel cutes, etiam scienter, quia nullum delictum cõmittit. Quod si aliqua ementis culpa detegatur, poterit mulcta pecuniaria imponi, & omnino mitior pœna infligi, quam in ipsum deprædatorem qui magis deliquit venando contra Principis prohibitionem.

Posset

Posset autem Princeps, ad comprimendam istorum venatorum audaciam, & quo magis absterreantur, lucrandi occasione quantum licet amputata, edicere sub pœna, ne quisquã audeat ferinas carnes aut cartes ab istis deprædatoribus quoquo modo e-
41 mere sub pœna aliqua † arbitrio suo statuenda pecuniaria vel corporali, & tunc emptores puniendi essent pœna in edicto contenta & comminata, argumento eorum quæ tradit Bald *in cons. 367. venerabilis. vers. aut non est apposita. lib. 3.* & eorum quæ supra diximus de non obedientibus mandatis Principum ex Menochio *de arbitr. iud. casu 365. & alijs.*

Sequitur quarta quæstio qualiter puniendi sint receptatores deprædantium feras, nec non ii qui eosdem monent, vt aufugiant ne ab officialibus iustitiæ capiantur.

Quod attinet ad primũ membrũ de receptatoribus respondem⁹ esse puniendos eo modo quo delinquẽtium receptatores puniuntur: nulla. n. est ratio differentiæ inter horum delinquentium & aliorum receptatores. Quomodo autem delinquentium reorum receptatores puniri debeant, habemus duas leges pœnam istam declarantes *leg. 1. Cod. de his qui latrones vel alijs criminibus reos occultauerint & leg. 1. ff. de receptatoribus.* Dicitũr in illa sic. Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum eamue sociauerunt, par ipsos & reos pœna expectet. Et latrones quisquis sciens susceperit vel offerre iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur. In ista vero sic. Pessimũ genus est receptatorum, sine quibus latere nemo diu potest, & præcipitur, vt perinde puniantur atq; latrones.

Et licet clare sint duæ leges recitatę in duas tamen sententias à doctoribus nostris itum est; aliqui enim dixerunt eadem pœna receptatores afficiendos esse qua principales delinquentes, propter illa verba, par ipsos & reos pœna expectat: Item propter illã, vt
43 perinde † puniantur atque latrones, ita Gaudinus *in tit. de furtis & latronibus. num. 15.* Carrerius *in pract. crim. in 3. tract. de homicidio. §. post verum maleficium. numero decimo quinto.* Iodocus Demahuderius *in pract. crim. sub tit. de receptatoribus delinquentium cap. 134. numero secundo.* Gigas *in tractat. de crimine lesæ maiestatis. libro tertio. rub. 1. de pœnis quas filii incurrunt. quæst. 10. numero secundo.* Follerius *in pract. crim. in prima parte. 2. partis. in verbo, banniuntur. n. 10.*

44 Aliqui vero pœnam esse † arbitrariam, ponderando verba illa tex. *in dict. leg. 1. Cod. de his qui latrones* supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur. Ita Baldus *ibi* Gloss. & Bartolus *in leg. 1. ff. de recepta.* Marsil. *in consilio 30. numero septimo. & 47. numero septimo & octauo.* Antonius Gomezius *variar. resol. tomo tertio. sub tit. de homicidio. numero 50.* Iacobus Menochius *de arbitrar. iudicum. casu 348. numero secundo.*

Nos putamus controuersiam fœdere distinctionis hoc modo posse conciliari, vt pœna receptatoris
45 sit † eadem quæ principalis delinquentis, sicut expresse dicunt dictæ leges, & habet prima opinio. Nisi pro qualitate personæ & facti aliter prudens iudex æstimauerit, sicut dicit textus *in d. l. 1. Cod. de his qui latrones* & habet altera opinio. Atque ita respondemus propositæ quæstioni pœna eadem afficiendos esse receptatores, qua ipsi delinquentes afficiuntur, saluo iudicis arbitrio pro qualitate facti augẽdi aut minuendi pœnam.

Quam sane conclusionem veram esse dicimus ita demum, si receptator fuerit sciens, nam si quis ignorans quempiam deliquisse, eum receperit † domi 46
suæ, vel in hospitio, nulla pœna mulctandus est. Ita probat tex. *in leg. Metrodorum ff. de pœnis. in leg. 3. vers. sed etenim. ff. de incendio, ruina, naufr. in dict. leg. 1. C. de his qui latrones ibi sciens susceperit. in leg. eos. Cod. de furtis.* Quas leges vna cum multis aliis in hanc sententiam adducit Anton. Gomezi. *variar. resol. tomo tertio. tit. de homicidio num. 50. vers. aduertendum tamen.* Illud post multos doctores quos citat firmat Iacob. Menoch. *de arbitr. iud. casu 348. n. 15.*

Rursus dicimus nostram sententiam non procedere, quando quis receptauerit filium, maritum, fratrem cognatũ & affinem, hoc enim in † casu rece- 47
ptator mitius puniendus est, id quod eleganter ponit Iurisconsultus. *in l. 2. ff. de receptatorib.* Eos (inquit) apud quos affinis vel cognatus latro conseruatus est, neque absoluendos neque seuere admodum puniendos. Non enim par est eorum delictum, & eorum qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt. Atque hæc est communis omnium doctorum sententia, vt patet ex Antonio Gomezio & Iacobo Menochio *in locis proxime citatis.* Qui & alias quasdam declarationes subiiciunt, non contemnendas iudicio nostro, vt eos in similibus causis vnusquisque consulere debeat, pro pleniore huius rei instructione.

Quod attinet ad alterum caput siue membrum quæstionis, qualiter puniendi sint, qui deprædatores istos monent vt aufugiant, ne capiantur ab officialibus & ministris magistratus & iustitiæ. Respondemus eos esse puniendos eodem modo, quo puniri debent ii, qui post delictũ perpetratũ, delinquenti auxilium præstant, ad euadendum è manibus iustitiæ, non enim vlla diuersitatis ratio considerari potest inter hos & alios auxiliantes, ac quoquo modo opem fauoremque pręstantes ad euadendum. Quomodo aũt ii qui talem opẽ delinquentib. † præstant 48
post commissum delictum sint puniendi, inter cæteros optime declarant Iulius Clar. *in §. fin. q. 98.* Anto. Gomezius *variarum resolut. tom. 3. tit. de homicidio. n. 50.* & Iacobus Menoch. *de arbitr. iud. casu 349. num. 21.* Ex quorum decisionibus & sententiis hæc est summa, quod huiusmodi auxiliatores non sint puniendi eadem pœna qua principales delinquentes, sed paulò mitiori, arbitrio iudicis, nisi inter delinquentem & auxiliatorem præcesserit tractatus & deliberatio delicti committendi cum promissione auxilii postmodum præstandi, puta si erat sic actum inter eos, vt delinquens perpetraret delictum, eo autem perpetrato, ille auxilium pręstaret ad euadendum, tunc enim auxiliator eadem pœna qua principalis est puniendus, ita enim ait Gomezius, quando quis præstat opem vel auxilium delinquenti post delictum commissum, vt nõn capiatur à iudice, &c. vel cautum & certum eum fecit, qualiter possit abscondi & euadere, vel quodlibet aliud refugium sibi præstitit, pro defensione suæ personæ, vt non caperetur à iudice, certe tunc non tenetur eadem pœna qua principalis; quia delictum est iam cõmissum, & immediate non dedit auxilium ad ipsum delictum committendum, sed tantum ad fugiendum & euadendum. Deinde post pauca subdit, pœna extraordinaria, iudicis arbitrio, puniendum esse, allegans iura & authoritates: quod tamen intellige (inquit) præterquam si præcessisset inter eos ante promissio illius auxilii, quia tunc tenetur eadẽ pœna qua principalis, quia videtur præstare auxilium ad delictum committendum, &c.

dum,&c. Clarus autem sic dicit. Ego tamen pro clariori resolutione huius articuli præsuppono, quod tripliciter potest præstari auxilium delinquenti. Primo ante delictum. II. in ipso delicto. III. post delictū consummatum Deinde sic distinguo aut delictū commissum est præuio tractatu, vel deliberatione accedente consensu vel saltem scientia ipsius auxiliatoris,& tunc indistinctè sequor opinionem Bartoli quod sit eadem pœna, qua principalis puniendus Et hoc quocunque tempore auxilium præstiterit, siue ante delictum, siue in delicto, siue post. Et paucis interpositis verbis Aut vero (inquit) non præcessit aliquis tractatus & deliberatio, & tunc placet opinio contraria; quod si quidem auxiliator præbuit causam delicto, puniatur eadem pœna, si vero non præbuit causam, tunc puniatur mitiori pœna, quam ipse principalis delinquēs, præsertim si pręstitit auxilium post commissum delictum,&c. Menochius denique sic. Tertius est casus, cum auxilium fuit præstitum post perpetratum delictum, vt quia delinquentem tuetur, custodit: hoc in casu regulariter indicitur pœna extraordinaria iudicis arbitrio, &c. *& nu.* 23. Declaratur primo, vt non habeat locum cum præcessit aliquis tractatus de auxilio postmodum præstando, &c. tunc enim opem ferens eadem pœna punietur, &c.

Quinta & postrema restat quæstio, qualiter ii puniendi sint qui puluerem tormentariū ac plumbum pro his deprædatoribus in oppidis ac ciuitatibus emunt,& in syluas afferunt.

Hac in re nobis videtur tales esse sub numero eorū, qui ante delictū cōmissum opē delinquenti ferre dicuntur, ad ipsum delictum committendum; & idcirco eos esse puniendos iis modis & pœnis quibus tales auxiliatores regulariter puniuntur.

Quomodo asit ii puniendi sint qui ante commissum delictum,& ad delictum committendum auxilium præstant ita solet distingui Aut auxilium est remotum aut propinquum delicto, si est propinquum delicto, eadem pœna sunt puniendi qua principales
49 delinquentes: si remotum, mitiori † extraordinaria, scilicet arbitrio iudicis, ita docent Menoch. & Gomezius in locis proxime citatis, ille *num.* 2.3. *&* 4. Iste *n.* 48. *cum seq.* Et isti allegant leges apertissimas & authoritates, quas non putamus describendas.

Vtrum autem auxilium istud in emendo puluerem tormentarium & in afferendo eum iis deprædatoribus in campis dicatur propinquum an remotum posset dubitatio aliqua esse ex iis quæ dicit Menoch. *loco citato num.* 4. vbi post Baldum quem citat dat exemplum auxilii remoti. quando quis solum arma præstitit ad committendum delictum.

Sed tamen nos putamus istos qui scienter puluerem tormentarium emunt & deferunt, hoc est, scien-
50 tes, quod † eo deprædatores vti velint ad venationem contra principis decretum, & edictum, dicantur auxilium proximum delicto dedisse non remotum, & sic eos eadem pœna qua delinquentes principales afficiendos esse: & ita dicimus, moti ex eo quod habetur in *l. si sciente. ff. ad leg. Iuliam. de parricidio.* vbi textus dicit si sciente creditore ad scelus cōmittendū pecunia sit subministrata, vt puta si ad veneni mali comparationem, vel etiam vt latronibus aggressoribusque daretur, qui patrem interficerent, parricidii pœna tenebitur, qui quæsierint pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut à quo ita cauerint. Secundo ex eo quod habetur *in §. interdum. in inst. de oblig. quæ ex delicto.* vbi hæc sunt verba. Interdum quoque, furti tenetur qui ipse furtum non fecit, qualis est is cuius ope & consilio furtū factum est, in quo numero est qui tibi nummos excussit, vt alius eos caperet: aut tibi obstiterit, vt alius rē tuā exciperet aut oues tuas vel boues fugauerit, vt alius eas acciperet. Et paulo post sic ait tex. At vbi ope Mæuii Titius furtū fecerit, ambo furti tenentur, ope & cōsilio quoq; eius furtū admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostiū effringit, vt alius furtū faceret quive ferramenta ad effringendum (hoc facit ad rem nostram) aut scalas vt fenestris supponerentur commodauerit, sciens cuius rei gratia commodauerit. Tertio ex iis quæ docet Anton. Gomezius, *loco supra proxime citato post num.* 48. *vers. aduertendum tamen.* vbi docet, eum qui arma præstat ad maleficium cōmittendum, auxilium proximum dare: & alia exempla remoti auxilii recenset, quæ longe distant à proposito nostro. Quod si quis puluerem eiusmodi tormentarium pro aliquo emeret, nesciens cuius rei gratia illum velit deprædator, & sic omni prorsus culpa careret, omni etiam pœna carere debere nobis videtur. Et hæc est nostra de propositis dubitationibus sententia, quam iuri & iustitiæ consentaneam esse existimamus, saluo meliori iudicio. Laus Deo.

Andreas Fachineus Ingolstadii
nomine collegii.

Pro Ciue Zarzanensi.

ARGVMENTVM CONSILII C.

De statuto Genuæ circa testamenta, an locum habeat in forense ibi testante. De testamento patris inter liberos De statutis ciuitatis dominantis, an subiciatur eis ciuitas inferior & subdita.

SVMMARIA.

1 *Statuta superioris ciuitatis inferior seruat.*
2 *Sed contra ibi.*
3 *Contrarietas euitari debet in omni dispositione.*
4 *Statutum interpretari debet secundum ius commune.*
5 *Statutum interpretari debet vt minus lædat ius commune quam fieri possit.*
6 *Statutum correctorium iuris communis in tātum debet interpretari secundum ius cōmune in quantum fieri potest.*
7 *Statutum sufficit operari in suo principali actu, in reliquis secundum ius commune debet intelligi.*
8 *Confirmatio non augit effectum nec extendit.*
9 *Statutum & consuetudo loci in quo actus celebratur attendi debet.*
10 *Testamentum valet quo pater relinquit filio aliquid pro omni iure suæ legitimæ.*
11 *Testamentum in dubio validum pronunciandum.*
12 *Testamento inter liberos coniectura sufficiunt ad inducendam institutionem.*
13 *Testamentum inter liberos confectum valet, licet legitima non sit relicta titulo institutionis.*
14 *Testamento inter liberos tacitè intelligitur clausula, omni meliori modo.*

15 Clau-

15 *Clausula omni meliori modo operatur, vt simpliciter relictum valeat, tanquam relictum titulo institutionis.*

16 *Testamentum inter liberos nō valet minus solenne quando pater non seruauit aequalitatem. Sed contra ibi.*

Facti species.

D. Timotheus Meduseus ciuis Sarzanensis condidit testamentum in ciuitate Genuae, in quo heredes sibi vniuersales instituit DD. Syluium, Aurelium & Raphaelem filios suos, aequis portionibus, D. autem Meduseo eius etiam filio legauit centum aureos ob causas in testamento expressas, pro omni eo & toto quod in hereditate patris sui petere, habere ac praetendere posset, tam ratione legitimae, quam alia quacunq; de causa.

Praesupponitur etiā in facto Ciuitatem hanc Sarzanensem habere inter caetera statuta hoc, vt in vltimis voluntatib. si deficiant statuta ipsius ciuitatis seruetur ius commune.

Statuto autem Genuensi cautum esse, vt testamētum ex causa praeteritionis filii, vel institutionis non factae, vel exheredationis non possit dici nullum, sed in omnibus succedat legitima loco cuiusuis nullitatis.

Eiusdemque Genuensis Ciuitatis alio statuto seu ordinatione cautum est, vt Sarzanensis Ciuitas quae illi est subdita, teneatur seruare statuta ipsius ciuitatis dominantis, in casibus, in quib. statuta Sarzanensia deficiunt, & si non adsint statuta Genuensia, recurratur ad ius commune.

Quibus sic stantibus, quaeritur an dictum testamentum sit nullum, quia filius ille non fuit heres institutus, nec aliquid ei relictum fuit titulo institutionis: an vero sit validum, & contentus esse debeat dictus filius legitima portione sibi debita in bonis patris sui.

Iesu Christi saluatoris auxilio inuocato.

Existimo secundum ea quae proponūtur testamentum, de quo agitur, validum esse, & filium contentum esse debere legitima, hoc est, supplemento, quod deest computato ipso legato centum aureorum ad legitimam replendam. Quam conclusionem video firmatam esse à Clariss. IC. qui de eadem facti specie responderunt, qui adeo docte & plene totam hanc rem executi sunt, vt vix aliquid addi posse videatur.

Mouet me primum, quia cum Ciuitas Sarzanensis subiecta sit Serenissimae reip. Genuensi, tenetur seruare statuta eiusdem, in casibus, in quibus deficiunt propria ipsius statuta: quia Ciuitas subdita & in-
1 ferior tenetur seruare † statuta ciuitatis superioris ac dominantis, *vt est tex. in §. vlt. inst. de satisdatio.* & tradit late Hondedeus *in cons. 13. num. 14.* vbi alios citat Hippol. Rim. *cons. 73. n. 6. lib. 1.* D. Decianus *responso 32. num. 17 lib. 2.*

Non obstat quod seruandum esse videatur ius commune, in casibus non decisis per statutum Sarzanae, vt eodem statuto cautum est, & quod hoc de-
2 beat intelligi de iure cōmuni Romanorū, † non autem Ciuitatis dominantis, sicuti aduersus Romanum *in cons. 218.* responderunt Decius 429. 464. & 686 Socin. sen. *consilio 271. libro 2.* Mandosius ad Romanum *d. cons. 218.* vbi de communi testatur contra sententiam Romani, prout etiam attestatur Borgnin. *de tutore & curat. n. 98.* & post eum Bursat *cons. 189 n. 43. & seqq. libro secundo.* D. Caephalus *consilio 414. numero 42.*

Nam aduertendum puto, eos, qui aduersus Romanum responderunt, duabus potissimum rationibus nixos esse.

Primum quod statutum Pisanum, de quo ipsi loquuntur, & quod disponit seruari debere ius commune, vbi statuta Pisana deficiunt, quod inquam illud Pisanum statutum fuerit conditum antequam Pisana Ciuitas subiecta esset Florentinis. Hoc enim stante impossibile est, vel saltem nullo modo est verisimile quod statuti Pisani conditores appellatione iuris communis intellexerint de statutis Florentinis.

At haec ratio prorsus in casu nostro cessat, quia supponitur hoc esse verum in facto, quod statutum Sarzanae fuerit conditum postquam subiecta fuit Reip. Genuensi, consequenter potuit cogitare de statuto dominante, & sic appellatione iuris communis intelligere de statuto Ciuitatis dominantis.

Altera est ratio, quod appellatione iuris cōmunis veniat ius commune Romanorum.

Sed haec ratio in proposito casu non obstat, quia dato, quod ita sit, vt appellatione iuris cōmunis veniat ius commune Romanorum.

Tamen hic est vna circumstantia notabilis, quod generali decreto Reip. Genuae statutum est, vt Ciuitas Sarzanae in casib non decisis per statuta Sarzanae, subiiciatur statutis Genuensibus.

Hoc enim pacto ne repugnantia inducatur, quae in † omni dispositione cuitanda est, vt habetur *in c. 1. inter dilectos. vers. caeterū. de fide instr. in l. non ad ea de cond. & dem* & notant Dec. & alii *in l. vbi repugnantia. de reg. iur.* cum similibus. 3

Necesse est dicere quod deficientibus statutis Sarzanae recurrendū sit ad statuta Genuensia, & illis deficientibus ad ius commune. Sic enim & statutum Sarzanae suum effectum obtinebit, vt seruetur ius commune, deficientibus statutis, & generale decretum Genuensis Ciuitatis, suum quoque robur obtinebit, vt deficientibus statutis Sarzanae recurratur ad statuta Genuae.

Et haec interpretatio suadetur, quia hoc modo minus recedimus à dispositione iuris cōmunis, quae vult vt vbi statuta inferioris Ciuitatis desunt, seruentur statuta ciuitatis dominantis, *vt supra deductum est in principio.*

Semper autem statutum † est interpretandum secundum ius commune, eo excepto, quod expresse corrigit gl. & doct. *in l. si serui vestr. C. de noxalib.* Gozad. *cons 19. num 6.* 4

Et debet restringi vt † minus à iure communi deuiet Ruin *cons. 29. n. 5. & 32. n. 11. & 38. n. 6. lib. 3.* Crot. *cons. 131. n 31.* 5

Et etiamsi sit contra ius cōmune, tamen in quantum fieri potest secundum † ius commune interpretari debet Alex. *in l. inter caetera. n. 5. de li. & posthum.* Grat. *cons 47. n 20. lib. 1.* Rol. *cons. 72. n. 33. lib. 3.* Curt. iun. qui de communi testatur *cons. 7 n 8.* 6

Denique sufficit statutum in suo † actu principali aliquid operari, & postea vt minus corrigat debet restringi & secundum ius cōmune interpretari, Roman. *consilio 199. numer. 7.* Alexander *in leg. 3 §. praetor.* 7

col.4. de dam.inf. & in l.si quis priore num.6. & 7. ad Treb. Curt.iun. *dict. conf. 7 num.* 8. Parisius *conf.* 110 *num.6. libro* 3. D.Cæphalus *conf.* 323. *num.* 25 *libro* 3.

His accedit alia ratio irrefragabilis, quia etiamsi Sarzanæ Ciuitas vellet, non posset se subtrahere ab obseruantia statutorum Genuæ, cum sit ei subiecta, nisi in quantum eius statutum, vt seruetur ius cõmune confirmatum fuit à Ciuitate Genuæ.

Sed ista confirmatio intelligenda est sano modo, id est, vt nõ deroget aliis statutis ipsius Ciuitatis Genuæ, quæ volunt & iubent, vt loca subiecta seruent statuta ipsius Ciuitatis dominantis, quamobrem eritius commune seruandum deficientibus statutis Genuæ, & ista ratio apud me est indubitata, quia cõ-
8 firmatio † non auget effectum nec extendit Decius *in rub. de confir. vtili vel inutili.* Hieron.Gabr. *conf.* 3 *num.* 13. *lib.* 2. Menochius *conf.* 704. *nu.* 36. Bursat. *conf.* 129. *num.* 85. *lib.* 2. Hippo.Rim *conf.* 39. *num.* 15. Surd. *conf.* 340 *num.* 7. & 349. *nu.* 7. *lib* 3. Ergo multo minus extenditur ad præiudiciũ ipsius confirmantis, sicuti cõtingeret in casu proposito nisi fiat interpretatio secundum suprascripta. Si enim non haberet locum, illa sane iustissima interpretatio sequeretur quod ciuitas Genuensis confirmando statuta Sarzanæ, derogaret suis statutis propriis quod est absurdum & ridiculum.

Secundo moueor ex communi & vera sententia doctorum quod testamentum valet, si factum sit secundum statuta vel cõsuetudinẽ loci in quo est conditum etiamsi à forense fuerit conditum, in tantum vt effectum habeat, etiam quoad bona existentia extra illud territorium, in quo fuit testamentum conditum.

Ex hoc enim sequitur quod cum hoc testamentum conditum fuerit in Ciuitate Genuæ, vbi statutum extat quod valeat testamentum, licet in eo filius non fuerit institutus, sed quod legitima succedat loco institutionis, sequitur, inquam, huiusmodi testamentum valere, licet in eo filius non fuerit institutus.

9 Quod autem consuetudo † vel statutum loci, in quo actus celebratur attendi debeat, probatur *in l. si fundus ff. de euict. in leg* 1. *C. de emancip. libero. & ibi* Glo. *in ver. decem viris.* D. Cæphalus pulchre *in conf.* 170. *nu.* 21. *lib.* 2.

Et in terminis nostris de testamento est doctrina Bartol. *in leg.* 1. *num.* 37. *C. de summa tri.* Bald. *ibidem nu.* 17. Saly *num.* 13. Iason *num.* 44. vbi testatur hanc esse communem sententiam Alexand. *conf.* 44. *col. fi lib.* 5. vbi pariter de communi testatur. Parisius *consilio* 12. *num.* 45. *lib.* 3. vbi de communi Portius *lib.* 5. *commun. opinionum, conclu.* 29. *in principio.* Villalobus *commun. opin. ver. testamentum numero* 57. Antonius Gabriel. alios citans *commun. concl. libro quarto. tit. de testamentis. concl.* 4.

Et quod etiam locum habeat in forensi, qui condidit testamentum secundum consuetudinem loci, tradunt doctores *supra relati.* & post eos Andr. Geill. *libro secundo obseruationum Cameræ imperialis. cap.* 123. *per totum.*

Et in indiuiduo de forense, qui condidit testamentum in Ciuitate Genuę, quod valeat etiam quoad bona alibi sita, si illud condidit, secundum statutum Genuæ, quo solennitates testium & institutionis non requiruntur, respondit Gozadinus *consilio quadragesimo nono. numero decimo quarto.* qui adducit Bartol. & alios *supra citatos* & sic decidit quæstionem nostram.

Tertio moueor ex eo, quod testator legauit centum aureos huic filio, pro omni iure suæ legitimæ, vt patet ex testamento. Est autem communis doctorum sententia, testamentum huiusmodi valere, quia intelligitur relictum titulo institutionis, licet non fuerit expressum: ita in terminis eo q[uia] fi-
lio suo † centum reliquit pro sua legi[tima] Bartolus 10
in auth. vnde si parens. numero secundo. Cod. de inoff. testam. & ibi etiam Baldus, idem Bartolus *in leg. fin. numero quarto. de pecul leg. & in consilio* 151. Baldus *in leg. quoties. numero tertio. Cod. de hered. instit. & in leg. humanitatis. numero* 20. & 161. Castren. *numero tertio Cod. de impub. & aliis substit.* Corneus *in consilio* 2 8. *numero secundo. libro primo.* Alexander qui hanc esse magis communem sententiam testatur *in consilio* 50. *numero* 11. *libro septimo.* Clarus qui dicit hanc opinionem Bartoli veriorem & magis communem esse *in* §. *testamentum. quæst.* 38. *vers. sed quid si dicat.* Bursatus qui alios citat *in consilio* 92. *numero tertio. libro primo.* Tessaurus *decis.* 58. *circa finem.*

Et licet reliqui contrarium dixerint, tamen cum ista sit cõmunior sententia, non est ab ea recedendũ, in iudicando & consulendo: præsertim cum tendat in fauorem testamenti, pro quo etiam in dubio iudicandum est *leg si pari. ff. de inoff. testam.* late Illustrissimus D. Mantica *de coniect. vlt. volunt. libro secundo. tit.* 15. Menochius *de præsumpt. libro quarto præsumpt.* 10 *numero* 6.

Et tanto magis hæc conclusio locum habere debet cum versemur † in testa. inter liberos facto à pa- 11
rente in quo sufficiunt coniecturæ ad inducendam heredis institutionem, vt tradit optime idem Menochius alios citans *libro quarto. de præsumpt. præsumpt.* 19. *num.* 11.

Quarto ex vltimo moueor, quia testamentum à patre inter liberos conf[e]ctum valet, licet vni † ex li- 12
beris legitima titulo institutionis relicta non sit, vt voluit Glo. *in auth. nouissima. in verb. ti ulo. Cod. de inoff. testam.* & ibi Iason *n.* 16. Mathesil. *sing* 104.

Quæ sententia fundamentum habet *in leg. vlt Cod. fam. hercis. in leg. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. Cod. de testament. & in auth. de testam. imperfect.* quibus locis aperte dicitur, quamlibet patris voluntatem inter liberos seruandam esse, licet coniecturis & indiciis colligatur, & destituta sit omnibus iuris solennitatibus.

Et quia in testamento inter liberos tacite intelli-
gitur clausula † omni meliori modo, vt not. Glo. *in l.* 14
coheredi. §. *cum filiis in ver non valebit. de vulg.* vbi Imola, Alex. Aret. & Iason *num.* 18. idem Iason *in leg. fi. num.* 15. *Cod. de codicill. & in l. hac consultissima.* §. *ex imperfecto. n.* 8. *C. de testa.*

Clausula aũt omni meliori modo operatur, vt relictum simpliciter † valeat, tanquam iure institutionis 15
Deci. *in conf.* 14. *col.* 2. Iason *in d. auth. nouissima. col.* 2. *C. de inoff.* Hippol. Marsil *sing.* 56.

Et licet contrariã sententiam multi sint amplexi quos sequitur Couarru. *in cap. Raynucius.* §. 1. *num.* 2. *de testam.*

Tamen moueatur minus firmo fundamento nimirum *ex* §. *aliud quoque capitulum in auth. vt cum de appellatione cognoscitur.* vbi requiritur titulus institutionis.

Et quia testamentum inter liberos non solenne,
16 non est seruandum, quando pater † non seruauit inter eos æqualitatem, vt ibi deducit Couuar. *num.* 2. *&* 3.

Illud inquam fundamentum nõ est satis firmum, quia te[illegible] *in §. aliud quoque capitulum*. procedit quando pat[illegible] in[illegible]ituit heredem extraneum, & filium suum vel h[illegible] præteriit aut exheredauit. aut in summa non rel[illegible] honorabili titulo institutionis.

Secus quando heredes instituit filios & sic inter liberos testatur, quia tunc sufficit seruare formam specialiter tradi[illegible], *in authen. de testam. imperfect.* in qua nulla mentio fit de titulo institutionis necessario, sed quælibet voluntas patris seruanda est, vt ibi dicitur.

Etenim pater inter liberos etiam solo nutu testari potest, Crotus *in l. 1. §. si quis ita. in prima lect. n.* 14. *de verb. obligat.* Corneus *in l. iubemus. num.* 9. *Cod. de testam.*

Nec obstat quod dicitur testamentum inter liberos non esse seruandum, quando inter filios pater non seruauit æqualitatem, quia hæc opinio non est vera. Primo, quia lex generaliter & indistincte dicit seruandam esse voluntatem patris inter liberos, nec distinguit vtrum æqualiter vel inæqualiter sint instituti. Secundo, quia in tex. *authen. de testam. imperfect.* Imperator requirit, vt pater declaret vncias, in quibus relinquit filios heredes, & sic non requirit vt filiorum portiones sint æquales.

Tertio quia militat eadem ratio legis, quando filii non habuerunt æquales portiones: Illa enim est ratio quam commemorat Imperator *in d. authen. de testam. imperfectis.* quia in tantum lex erga parentes verecunda est, vt in eis inter liberos voluntatem suam declarantibus tot solennia non requirat, & hæc ratio locum habet in omni testamento, siue in eo æqualiter filii sint heredes instituti siue non.

Et hanc sententiam late defendi *lib. 4. controuersiarum cap.* 2. vbi ad contraria argumenta respondi: Et ex his arbitror ita omnino pronunciandum prout sic ego intrepide iudicarem, maxime ex secundo argumento, quod supra deduxi, quod certe euitari non potest.

Et ita iuris esse puto, saluo meliori iudicio, &c.

Andreas Fachineus Pisis nomine collegii.

DEO IN EXCELSIS GLORIA.



Francofurti ad Mœnum, apud Ioannem Saurium, impenſis Nicolai Rothii, Anno Natiuitatis Chriſti,



M. DC. X.